

# Programas de computación: responsabilidad civil por violación a los derechos de autor\*

*María de Monserrat Guitart Piguillém\*\**

Bussines Software Alliance, EUA,  
<mariademonserrat@hotmail.com>

**RESUMEN.** El derecho de autor es un derecho reconocido en la mayoría de las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos como un derecho íntimamente vinculado a la personalidad de su creador, quien por tal calidad tiene ciertas prerrogativas jurídicas. Una de ellas, consecuencia del principio *alterum non laedere*, es la de perseguir civilmente a quien con su actuación vulnera alguno de los derechos del autor. Sin embargo, no basta dicha tutela para realizar el valor justicia. Se requiere además que ella sea efectiva y que el juez en uso de la virtud de prudencia determine lo justo para el caso concreto. En nuestro ordenamiento eso significará buscar en la normativa vigente, aun recurriendo a la analogía o los principios generales del derecho, la solución del caso planteado. En este trabajo se analiza la cuestión referida a los programas

---

\* El presente trabajo es un extracto con modificaciones de la tesina de la carrera de Especialización en Derecho de los Negocios, de la Universidad Nacional de Córdoba, aprobada con la calificación diez sobresaliente.

\*\* Abogada, graduada con Medalla de Oro en la Universidad Católica de Cuyo Sede San Luis y profesora en Ciencias Jurídicas. Especializada en Derecho de los Negocios de la Universidad Nacional de Córdoba. Es árbitro en temas de tecnología de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid y LATAM Legal Counsel de la Bussines Software Alliance, con sede en Washington.

de computación, buscando en el derecho vigente, con especial referencia al derecho argentino, algunas soluciones a los problemas que se derivan del ejercicio de la acción de reparación civil.

**PALABRAS CLAVE.** *Copyright. Software. Usuario. Autor. Licencia de uso. Copia. Piratería. Daños. Acción civil. Fair use.*

**ABSTRACT.** As a right recognized in almost all national Constitutions and International Human Rights treaties, *copyright* is closely linked to the personality of the author, who as the right holder has certain legal privileges. One of these and consequence of *non laedere alterum* principle, is the right to claim damages against anyone whose behavior violates the author's intellectual property. However to solve the case and to serve justice, the judge should be prudent and take into account every single details which made the case unique. In our legal systems that means search for the solution in the current regulations even traveling to the analogy or the general principles of law. Some of the problems arising from civil action exercises resulting from the violation of *software copyrights* are explained in this paper with special reference to the Argentinian law as well comparative law and foreign case law.

**KEYWORDS.** *Copyright. Software. End user. Author. End User License Agreement. Copy. Piracy. Damages. Civil action. Fair use.*

## 1.

### INTRODUCCIÓN

Y delante del bloque pétreo, inconcebiblemente joven y desvalido, yo, el oscuro y pequeño poeta. Y Dios que habla con la voz impasible de las estrellas y me dice: Es con piedra que tienes que trabajar, con ese basalto informe que tienes que elaborar tu obra, que construir las criaturas de tu corazón y las formas de tu alma.

Antonio Esteban Agüero

Entre muchas otras cosas, la creatividad le permite al ser humano transformar la piedra en una pieza artística, la hoja en blanco en palabras y colores, el silencio en música y un conjunto de números cargados en una computadora en instrucciones concretas. Todas estas obras, de las que se nutre nuestra cultura, suponen un esfuerzo y una dedicación que ha sido tenida en cuenta por el Estado al reconocer los derechos de propiedad intelectual, en sus dos formas, *propiedad industrial* y *derechos de autor*.

De la importancia que reviste proteger estas expresiones intelectuales se dejó por primera vez constancia en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1883, y en el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886, de cuya administración se ocupa la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

En el reconocimiento de estas prerrogativas jurídicas, consideradas un derecho humano, subyacen dos ideas principales. La primera, propia de nuestro sistema, se apoya en la íntima vinculación entre el autor o inventor y su obra. La segunda, común a nuestro sistema y al del *common law*, procura el progreso científico y tecnológico de un país mediante la concesión de derechos exclusivos a los autores e inventores, quienes de ese modo tendrán un incentivo mayor para la creación.

Ahora bien, dado que el autor o inventor no ha creado *ex nihilo*, sino apoyándose en su entorno social y cultural, es que estos derechos son limitados temporal y funcionalmente, con el objeto de asegurar los derechos de la sociedad a acceder a ellos. Es el derecho de autor

un sistema de pesos y contrapesos que, según la postura ideológica a la que se adscriba, se inclinará en uno u otro sentido.

Si bien hoy en día y con más fuerza que nunca se alzan voces que cuestionan los monopolios de explotación que generan los derechos de propiedad, también nunca como hoy se ha comprendido el valor que ellos tienen para la generación de riqueza económica, pero, por sobre todas las cosas, cultural.

El problema de la violación de los derechos de autor no es un asunto sectorial, que solo afecte a autores e inventores, sino que proyecta sus consecuencias a toda la sociedad.

La infracción generalizada y sistemática de derechos de autor es signo de una realidad mucho más grave, ya que evidencia un desprecio generalizado por el cumplimiento de las normas. Así, la despreocupación por la observancia de la ley y la no consideración de los derechos del otro son el sustrato común de la mayoría de las conductas infractoras de la propiedad intelectual.

Además, lejos de generar solo daños individuales, estas conductas tienen impacto negativos en el desarrollo económico, social y cultural de las naciones. La copia ilegal y la falsificación producen la pérdida de ingresos derivados de impuestos, el descenso de los puestos de trabajo debido a la ausencia de un mercado legítimo y la paralización de las industrias locales, que no pueden resistir la competencia con productos apócrifos o copiados con costo cero.

En el ámbito de los programas de computación, la tasa de piratería de *software* de Latinoamérica es la segunda más alta del orbe, con un 61 %. Ello arrojó el último año pérdidas por USD 7,4 billones, y se considera que si esta tasa se redujera en diez puntos en los próximos cuatro años, se crearían 3.900 nuevos puestos de trabajo e ingresarían 80 millones de dólares por impuestos.

Reducir estos alarmantes índices es en parte tarea del derecho. Un sistema legal efectivo de protección de la propiedad intelectual brinda el ambiente necesario para fomentar las inversiones y sirve de estímulo para la actividad local.

Por otro lado, los sistemas jurídicos actuales, aun los más efectivos, son puestos a prueba por los avances tecnológicos y se exige de ellos que, sin coartar las libertades de los usuarios de internet, respeten los derechos de los creadores, desalentando el uso indebido de contenidos creativos mediante normas específicas, que también contemplen la compensación a sus autores.

Es precisamente en este último tema, el de la reparación de los daños, en el que centraremos el presente trabajo. Indagaremos en la legislación vigente en Argentina y en el

derecho comparado, sobre los mecanismos de reparación civil ante hipótesis de violación a los derechos de los autores o titulares de obras de programas de computación. Para ello utilizaremos un método inductivo, en el que partiremos siempre de lo particular —el programa de computación— para elevarnos, si es pertinente, a lo general —teoría general de los derechos de autor.

En ese plan de trabajo comenzaremos por repasar el régimen jurídico de los programas de computación, los derechos de los titulares y usuarios y las posibles infracciones a los derechos del autor o titular. Por último, nos referiremos a los sistemas de reparación civil y analizaremos las normas aplicables en Argentina y la suficiencia de estas para la protección del derecho que nos ocupa, lo que será concretado en las conclusiones junto con una propuesta superadora.

## 2.

### **EL CAMINO HACIA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN**

La historia de las creaciones humanas y su correlato jurídico, la propiedad intelectual, transcurrió sin mayores sobresaltos prácticamente desde que se concibió la noción de que quien expresara de un modo original alguna idea obtendría el estatus jurídico de autor y con ello las prerrogativas morales y patrimoniales derivadas de tal calidad.

La tecnología insufló un dinamismo impensado a este devenir histórico, que en poco menos de un siglo vio nacer la radio, la televisión, los fonogramas y finalmente las computadoras y todos los desarrollos que estas últimas dispararon, los cuales pusieron a disposición de la humanidad herramientas antes impensadas, salvo por algunas mentes febriles como la de Julio Verne. Este disparo también se hizo sentir, como cualquier conducta humana intersubjetiva, en el ámbito del derecho, y es que de la mano de las computadoras apareció una nueva manifestación de las obras intelectuales: los programas de computación.

Y así se plantearon algunos desafíos para su encuadre jurídico ya que, a diferencia de otras obras protegidas por derecho de autor, en innumerables oportunidades tenían aplicación industrial y casi siempre carecían de finalidad artística, pero a pesar de ello satisfacían los requisitos de creatividad y originalidad.

Durante los años setenta y la primera mitad de los ochenta se sucedieron numerosas discusiones en foros internacionales acerca de cuál debía ser la naturaleza jurídica de la

protección del *software*. Allí se debatía entre incluir al *software* en el régimen de patentes o en el de derechos de autor, y existía también una postura que proponía otorgar una protección específicamente diseñada para la novedad que conmovía al mundo y distinta de las categorías de la propiedad intelectual ya conocidas.

En febrero de 1985 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se pronunció a favor del sistema de derechos de autor, lo que ya había sido receptado por numerosos países en sus normas locales, señalando el camino que transitó luego la mayoría de la legislación.

Desde entonces, los programas de computación se encuentran protegidos como obras literarias en el artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en coincidencia con el apartado 1 del artículo 10 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, denominado comúnmente *Tratado de Internet* por referirse a la vigencia de los derechos de autor en el entorno digital.

Esta decisión se basó en que el programa de computación era otra clase de obra literaria y como tal podía encuadrarse en el derecho de autor y consecuentemente aplicársele las reglas que durante cientos de años se habían acuñado, aun cuando el *software* estuviera escrito en lenguaje específico, en algunos casos ininteligible para el lector humano. Se entendió que no era otra cosa que una obra literaria escrita en un lenguaje especial y técnico.

Sin embargo, la protección universal bajo el régimen de derechos de autor no debe hacer pensar que es este el único encuadramiento legal posible:

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el *software* está protegido de diversas maneras. Así tenemos los derechos de autor (*copyright*), los secretos comerciales, las patentes, las marcas y alguna que otra protección realizada por contratos de diversa índole.

Pocos programas de computación pueden obtener protección por patentes, lo que se debe principalmente a dos razones:

[...] la primera es que la mayoría de los regímenes institucionales del mundo no lo permiten; la segunda, que el trámite de patentes es engorroso, lento, tedioso y largo. En muchos casos, la utilidad práctica de un producto de *software* es mucho más efímera que el tiempo que tarda el titular de los derechos en adquirir un certificado de patente.

Sin embargo, la discusión sobre la patentabilidad de programas de computación goza hoy de una atención privilegiada en los medios especializados, toda vez que implicaría poder

apropiarse de las “ideas” que subyacen a ellos, ampliando sensiblemente el espectro de derechos exclusivos del creador.

Estos distintos modos de protección son acumulativos y no excluyentes uno de otros, y deben ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar las infracciones que darían origen a la reparación civil.

### 3.

## EL PROGRAMA DE COMPUTACIÓN COMO OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR

Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el programa de computación, también llamado programa de ordenador o *software*, es “un conjunto de instrucciones que controlan el funcionamiento de una computadora a los fines de que pueda realizar una tarea específica, como el almacenamiento y la consulta de información”.

Por su parte, la sección 101 de la Copyright Act de 1976, legislación vigente en materia de *copyright* en Estados Unidos, define al programa de computación como “un conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en una computadora en orden de obtener algún resultado”, según el texto de la enmienda realizada a la Copyright Act en 1980.

En la Argentina el artículo 1 de la ley 11723 no brinda un concepto del programa de computación; simplemente indica que “a los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto”, lo que hace necesario adentrarnos en el estudio de estas dos nociones.

Para traducir el lenguaje humano a un lenguaje comprensible por la computadora, es necesario escribir las instrucciones que se le darán en lenguaje de programación, que las expresa de una manera más precisa, observando estrictas reglas sintácticas y gramaticales que evitan la ambigüedad del lenguaje humano común. Este programa, hecho en lenguaje comprensible por los humanos y que todavía no puede ser leído ni entendido por una computadora, se denomina *programa fuente* o *código fuente*.

Cuando el proceso de desarrollo de *software* se encuentra en su estado de programa fuente, los seres humanos pueden entender lo que se pretende de la máquina, la forma en que se le dan las instrucciones y el resultado buscado. Este programa es el que revela los

conocimientos y la experiencia del programador. Esta es la razón por la que la mayoría de las empresas resguardan celosamente sus programas fuente y el motivo por el cual acceder a ellos sin autorización es normalmente una infracción.

Para que la computadora entienda las órdenes que le damos, es preciso compilar el programa fuente de modo tal que se genere el *programa objeto*, compuesto por una extensa combinación de unos y ceros, carentes de sentido para el ser humano.

Al respecto se ha precisado:

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 solo 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 modificada o adaptada a las necesidades del usuario.

Una definición legal puede encontrarse en el decreto 165/2004:

Se entenderá por obras de *software*, incluidas entre las obras del artículo 1.º de la ley 11.723, a las producciones constituidas por una o varias de las siguientes expresiones:

1. Los diseños, tanto generales como detallados, del flujo lógico de los datos en un sistema de computación;
2. Los programas de computación, tanto en su versión “fuente”, principalmente destinada al lector humano, como en su versión “objeto”, principalmente destinada a ser ejecutada por el computador;
3. La documentación técnica, con fines tales como explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento de *software*.

A diferencia de la ley 11723, la enumeración que hace el decreto 165/2004 extiende la protección a los diseños generales y detallados del flujo lógico de los datos, elementos que, como veremos, por su cercanía con las ideas normalmente se encuentran excluidos de protección en el derecho de autor.

Consideramos que este decreto ha sido derogado por la ley 25036 en lo que a esta parte respecta, ya que en virtud del artículo 31 de la Constitución Nacional la ley del Congreso de la Nación tiene mayor jerarquía que el decreto del Poder Ejecutivo Nacional, que en este caso contradice, ampliándolo, el texto legal.



## 4.

### **LOS DERECHOS DEL AUTOR O TITULAR DE LA OBRA**

Como paso previo al estudio de la responsabilidad por infracciones al derecho de autor precisaremos cuáles son las prerrogativas que el autor tiene, pues estas sirven como límite de actuación de los terceros. En otras palabras, intentaremos describir la zona de exclusividad del autor, para de ese modo identificar los posibles hechos generadores del daño.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho respecto a los derechos derivados de la creación de la obra:

[Tales derechos] comprenden aspectos materiales o patrimoniales que confieren al autor la facultad de obtener los beneficios económicos de sus obras, y aspectos de carácter extrapatrimonial que configuran los derechos morales de autor originados en la necesidad de proteger la personalidad creativa.

En Argentina las facultades patrimoniales del autor están enumeradas en el artículo 2 de la ley n.º 11723, que indica que el derecho de propiedad de una obra comprende la facultad del autor de, por sí mismo o autorizando a terceros:

- a. disponer de la obra;
- b. publicarla;
- c. ejecutarla, representarla y exponerla en público;
- d. enajenarla;
- e. traducirla o adaptarla;
- f. reproducirla de cualquier forma.

Nuestra ley no contiene un catálogo específico de los derechos del autor para los programas de computación, por lo que algunos de los derechos concedidos en el artículo 2 no resultan aplicables a este tipo de obras, como ocurre con la representación de la obra.

La disposición equivalente en el derecho de autor estadounidense es la de la sección 106, considerada “tal vez la previsión más significativa de [la] Copyright Act, en tanto establece los derechos exclusivos del titular del copyright”. Allí se consigna que, en lo aplicable a los programas de computación, el autor tiene el derecho de, por sí mismo o autorizando a un tercero:

- a. reproducir la obra sujeta a *copyright* en copias;
- b. preparar obras derivadas basadas en las obras sujetas a *copyright*;
- c. distribuir copias de la obra sujeta a *copyright* mediante venta, transferencia de la propiedad, alquiler, leasing o préstamo.

Esta facultad patrimonial exclusiva es lo que hace que cualquier persona que pretenda utilizar una creación protegida deba contar, salvo las excepciones legales, con la autorización del titular de la propiedad intelectual, quien puede en uso de sus atribuciones señalar jurídicamente cuál es el alcance de ese permiso. Solo así el uso de la obra será legal.

Por su parte, la legislación de la Comunidad Europea, según consta en la directiva 91/250/CEE, considera actos reservados al autor o titular de la propiedad intelectual los siguientes:

- a. la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria;
- b. la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa;
- c. cualquier forma de distribución pública, incluido el alquiler.

En el ámbito de los instrumentos internacionales, el artículo 7 del WCT establece que los autores de programas de ordenador gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras, salvo cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler.

Según ordena el artículo 11 del ADPIC, los países miembros pueden, al menos respecto de los programas de computación y de las obras cinematográficas, conferir a los autores y sus derechohabientes el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento de los originales o copias de su obra amparadas por el derecho de autor.

De las distintas legislaciones, ha derivado el principio general de que todo lo que no está expresamente autorizado por el autor al usuario se encuentra prohibido, lo que ante la duda sirve de regla interpretativa para determinar el límite respecto del cual puede un usuario disfrutar de la obra.

La ley nos dice en pocas palabras que, como ocurre con las cosas materiales —y también con otras categorías de bienes—, las obras están protegidas a favor de su titular respecto de todas las demás personas (*erga omnes*). Solo pertenecen a su titular; son derechos exclusivos y excluyentes. Y cuando se prescinde de la voluntad del titular del derecho se entra en el terreno de los actos ilícitos,

a excepción de un *numerus clausus* de casos en que la ley establece excepciones que permiten que la obra sea utilizada sin autorización.

#### **4.1. DERECHOS RECONOCIDOS A LOS USUARIOS**

Existen legislaciones que, además de establecer cuáles son los derechos del autor o titular, determinan cuáles son los derechos de los usuarios de *software*. La zona de exclusividad de la que hablábamos se encuentra definida, entonces, no solo por los derechos expresa o tácitamente reconocidos al autor, sino también por los derechos otorgados a los usuarios por ley.

Un claro ejemplo de ello es la directiva 91/250/CEE, que confiere las siguientes atribuciones a los adquirentes legítimos de los programas:

- a. utilización normal por parte del adquirente legítimo y corrección de errores;
- b. realización de copias de salvaguardia;
- c. observación, estudio o verificación del funcionamiento de un programa.

Para países miembros de la Comunidad Andina, se ha indicado en la decisión andina 351, de 1993, que el usuario puede:

- a. hacer una fijación del programa en la memoria del computador;
- b. hacer una copia de seguridad o de *backup*;
- c. hacer una adaptación del programa para su exclusiva utilización.

En el Perú, al dar los “Lineamientos sobre el uso de los programas de ordenador”, el INDECOPI señala actos permitidos y prohibidos respecto de un programa de computación, perfilando los derechos del usuario y limitando los del autor:

- a. El usuario lícito está facultado para reproducir el programa de ordenador en la memoria interna del computador para su efectiva utilización.
- b. Las computadoras que se venden con el *software* incorporado tienen que ser entregadas con las licencias respectivas, manuales de uso y soportes que contengan el programa incluido en ellas.
- c. El *software* no puede ser utilizado en un número mayor de computadoras que el autorizado en la licencia respectiva.
- d. En el caso de redes se requiere contar con la licencia para todas las máquinas que utilicen el *software*.

- e. Es ilícito alquilar *software* sin la autorización del titular del derecho de autor.
- f. Es lícita la reproducción del *software* encontrado en Internet siempre que el titular del derecho de autor lo autorice expresamente.
- g. Es lícito utilizar *software* traído del extranjero con la licencia correspondiente, pero no puede ser comercializado sin la autorización del titular del derecho de autor.

La autorización para utilizar el *software* en un territorio determinado y no en otro es una de las prerrogativas del autor que, por la norma en comentario, es desconocida, ampliando las libertades del usuario.

## 4.2. SITUACIÓN EN LA ARGENTINA

La ley 11723 no concede expresamente derechos a los usuarios, salvo en lo que a copia de salvaguardia se refiere, por lo que la exclusividad de los derechos del autor se encuentra elevada a su máxima expresión y las partes deberán guiarse por los términos de la licencia de uso y, en ausencia de ella, por el principio general de que, salvo las facultades expresamente concedidas al usuario, el resto se reservan al autor.

La jurisprudencia ha receptado esta postura al sostener:

No existiendo convenio sobre utilización del *software* y mientras la legislación no contemple una excepción expresa, su uso está circunscripto a la ejecución en una única unidad central del proceso por vez. Por lo que se está ante la reproducción ilegítima de una obra intelectual (art. 72, inc. a, ley 11.723) si se comprueba que la empresa obtuvo una cantidad determinada de *software*, cuando necesitaba un número mayor, por lo que habría copiado programas sin autorización, con el consiguiente menoscabo económico de quienes patentaron su obra intelectual y la comercializan [...].

En ausencia de estipulación contractual, y mientras la legislación no contemple una excepción expresa, debe colegirse que el uso del *software* está circunscripto al que por su naturaleza se presta la obra; dicho de otro modo, a su ejecución en una única unidad central de proceso por vez.

Como se mencionó, la única excepción la constituye la copia de salvaguardia, que abrevia su génesis en la posibilidad tecnológica de que el soporte de almacenamiento de la obra se dañe y el usuario no pueda acceder nuevamente a ella, a pesar de ser un adquirente legítimo.

Sobre este derecho, reconocido también en otras legislaciones, se ha dicho:

[...] solamente se permite una copia y que su objetivo no puede ser otro que de salvaguarda, la excepción de copia de salvaguardia se limita a garantizar que la utilización normal del programa

no se vea interrumpida en caso de pérdida o defecto del original. Debe ser realmente necesaria para la utilización del programa de ordenador. Cuando deje de existir el derecho de utilizar un programa de ordenador, o si este derecho no ha existido nunca, esta excepción no es aplicable. La realización de copias de salvaguardia para un uso no autorizado no esta permitida, sino que constituye un acto de piratería de programas informáticos.

### 4.3. LAS LICENCIAS DE USO

De origen contractual, las licencias de uso definen el alcance de los derechos de los usuarios y resultan una expresión del carácter exclusivo que el autor tiene sobre la obra y que conserva a pesar de conceder algunas prerrogativas al usuario. No son más que el convenio por el cual el autor confiere autorización para la utilización de la obra bajo las condiciones que impone.

Los dos grandes modelos de licenciamiento actuales son el de *software libre* y el de *software propietario*. Si bien con una concepción muy distinta sobre el valor y la regulación de la propiedad intelectual, consideramos que uno y otro se apoyan en el sistema de derecho de autor, en tanto solo quien es titular de una obra puede conceder o renunciar a algunas de sus facultades (*copyleft*).

Básicamente, en el *software libre* el usuario es equiparado al autor, pues tiene la libertad de usar, distribuir copias, estudiar cómo funciona el programa y adaptarlo a sus necesidades y mejorar el programa, y puede hacer públicas dichas modificaciones. Para el ejercicio de estas dos últimas libertades es requisito que el código fuente sea accesible por el usuario, lo que obliga además a que la transferencia de esta nueva obra se haga respetando las libertades esenciales antes enunciadas, en lo que se denomina *viralidad* de la licencia.

El tipo de licencia que estudiaremos y sobre el cual desarrollaremos nuestro trabajo y conclusiones es el correspondiente al *software propietario*, al que mediante un análisis de las licencias vigentes en el mercado pueden asignársele los siguientes alcances:

- a. El titular se reserva todos los derechos que no se conceden expresamente.
- b. Autoriza solo el uso del programa, vedando todo otro acto.
- c. Los usos de los programas deben circunscribirse a los autorizados expresamente en el contrato de licencia de uso.
- d. La licencia debe encontrarse vigente al momento de la utilización de los programas.
- e. En el ejemplar licenciado solo se incluye el código objeto, mientras que el código fuente permanece en secreto, lo que impide lícitamente realizar modificaciones y adaptaciones al *software*.

- f. El *software* se otorga como un elemento único; sus componentes no pueden instalarse por separado.
- g. Conceden derecho de *back up*.
- h. Es solo después de la aceptación que el usuario adquiere los derechos para la instalación y el uso del programa licenciado.
- i. La licencia no es una venta y no otorga ningún derecho distinto de los concedidos expresamente, por lo que la propiedad o titularidad del *software* permanece en cabeza del autor o titular.
- j. Las condiciones de la licencia se extienden a las actualizaciones, suplementos, componentes suplementarios, ampliaciones, salvo que al lanzar esas versiones se establezca lo contrario.
- k. Puede otorgar derecho a las actualizaciones, según cada esquema comercial.

La descripción que hemos hecho al reseñar los derechos del autor y los derechos de los usuarios sirve para definir la zona de exclusividad que resulta el límite jurídico de las prerrogativas de unos y de otros. Cualquiera que traspase ese límite ha violentado el deber general de no dañar (*neminem laedere*) y deberá, según las reglas generales de la responsabilidad civil, dar cuenta de sus actos reparando el daño causado.

A la tarea de identificar las infracciones más comunes al derecho de autor de programas de computación y la responsabilidad por ellas nos abocaremos a continuación.

## 5.

### LA REPARACIÓN CIVIL DE LOS DAÑOS EN MATERIA AUTORAL

“Un derecho sin protección no es un derecho del todo.” Esta máxima es rescatada por Kamil IDRIS al reflexionar sobre la vigencia de los derechos de propiedad intelectual en el mundo entero. Reflexión que parte de un principio para él evidente, que es el de que las leyes no son cumplidas por todos y que existen personas que no son respetuosas de los derechos ajenos. Entonces, como la ley debe ser cumplida y los derechos respetados, aparece el derecho con su poder coercitivo, pero también con su función pedagógica y modeladora de las conductas. Señala IDRIS que todo el esfuerzo internacional realizado para reconocer a autores e inventores sus derechos y para asegurar a las sociedades el acceso al conocimiento

es aniquilado por la falta de *enforcement*, entendiéndolo por ello el efectivo cumplimiento y ejecución de las normas.

La tendencia centrífuga a la universalidad de la obra sumada a su inmaterialidad hacen al *software* potencial y masivamente apropiable no solo para su utilización sino también para su transformación, lo que conlleva mayores posibilidades de sufrir un perjuicio injusto que en otras áreas del derecho.

Ante estas particularidades, y dado que no es posible un reaseguro físico de las obras, como en el caso de la propiedad sobre las cosas, la protección jurídica que pueda dárseles cobra una importancia excepcional. Son estas las características que exacerban la finalidad tuitiva del derecho de autor, en su acepción de derecho objetivo, y hacen que un sistema de reparaciones eficaz sea una parte vital de él.

Trataremos a continuación de estudiar cómo se resuelve en el derecho comparado la reparación de los daños en materia autoral, para luego centrarnos en cómo lo hace el ordenamiento jurídico argentino. A tal efecto, identificaremos en primer lugar las normas aplicables, para luego conceptualizar el daño, identificar algunos de los hechos dañosos más frecuentes y adentrarnos en el ejercicio de la acción de responsabilidad civil y sus presupuestos, tratando por último lo relativo a la cesación del daño.

## 5.1. SISTEMAS DE REPARACIÓN

Para los países miembros de la Organización Mundial del Comercio, el artículo 45.1 del ADPIC establece la obligación de brindar a los autores un marco legal que asegure una “compensación adecuada” de los daños sufridos por el autor, como consecuencia de la actividad de un infractor que conoce la ilicitud de su conducta o tiene motivos razonables para conocerla.

Según esa directiva y dependiendo de la tradición jurídica de cada uno, los Estados brindan sistemas de reparación de los daños que pueden ser específicos para la materia o enmarcarse en el derecho privado en general.

Al respecto, Delia LIPSZYC señala:

[...] en algunos países, como Estados Unidos, República Dominicana, España, Alemania y Finlandia, el derecho a exigir la indemnización de los daños materiales y morales derivados de una actividad ilícita en infracción a los derechos de autor y conexos se encuentra previsto en las leyes sobre derechos intelectuales que establecen pautas específicas al respecto, mientras que en otros, como Hungría, dichas leyes remiten expresamente al derecho común y finalmente, como ocurre en la Argentina, hay sistemas con carencia de normas que resuelvan directa o indirectamente el problema del daño, por lo que también, en principio, se considera que debe aplicarse el derecho común.

Las conclusiones reseñadas sobre nuestro país se ligan a la norma del artículo 12 de la ley 11723, que dispone: “La propiedad intelectual se registrará por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente ley”. Por ello, ante cualquier cuestión no resuelta específicamente en la ley de la materia se nos remite al derecho común, en el cual, entre otras cuestiones, deberemos buscar las pautas legales para la reparación de los daños causados.

La directiva del artículo 12 nos obliga a encontrar en el derecho civil las soluciones vinculadas a la reparación de los daños y contiene además una instrucción concreta de tener en cuenta “la naturaleza de las cosas y los principios generales de la materia”, brindando así al juez una pauta de interpretación de las leyes civiles que resulten aplicables, por la remisión que la misma norma realiza.

Cuando el juzgador se encuentre ante la tarea inexcusable de decir el derecho en el caso concreto, deberá recurrir a las normas del derecho común pero aplicándolas de modo tal que respeten la naturaleza de la obra intelectual y los principios generales del derecho de autor, que han sido consagrados en la propia ley 11723 y en la jurisprudencia.

Se aplicará a la materia autoral el derecho que rige el resarcimiento del daño en la responsabilidad civil:

En principio, a la materia autoral se le aplican, por expresa remisión del art. 12 de la ley 11.723, las normas y la doctrina que rigen el resarcimiento del daño en la responsabilidad civil. Esta conclusión es válida en cuanto también se consideren y apliquen, interdisciplinariamente, los principios y la temática propia del derecho autoral.

Como ya se ha dicho “la propiedad intelectual ofrece características que la diferencian de la común”, por lo que el reenvío al derecho civil coloca al operador jurídico ante la ardua tarea de encuadrar la reparación, basándose en normas que pueden no contemplar las particularidades de la obra intelectual y menos aún de los programas de computación.

Esta idea ha sido claramente sintetizada por CIFUENTES:

La falta de reglas claras y aplicables al preciso encuadre de las figuras jurídicas sobre los hechos ilícitos que se cometen en su violación coloca a los estudiosos, a sus defensores y juzgadores en verdaderas encrucijadas en las que, cuando no hay de parte de ellos —y no es raro ni excepcional que así ocurra— verdadero conocimiento de la sutil proyección de los especiales aspectos que están en juego, al hacerse tabla rasa de tales singularidades, se comete el muy frecuente desliz de tratar lo



diferente como si fuera lo igual, lo diverso como si fuera lo común y corriente. Cuando el derecho objetivo y sus aplicaciones no distinguen lo diferente, se distancia del concepto de lo justo. De donde aparecen las soluciones que muy poco solucionan al equiparar cualquier daño material o moral de un hecho ilícito general, con el específico de la violación a los derechos de autor.

## 6.

### EL DAÑO EN EL DERECHO DE AUTOR

La cláusula contenida en el artículo 17 de la Constitución Nacional —inspirada en el artículo 1, sección 8, de la Constitución de los Estados Unidos de América— procura enriquecer el caudal de cultura y de información disponible en una sociedad, otorgando para ello un incentivo consistente en el derecho de exclusividad sobre la obra a quienes alimentan ese caudal con su esfuerzo.

Su antecedente inmediato es el Estatuto de Ana, que concedió a los autores un derecho exclusivo de publicación que duraba veintiún o catorce años, según la obra ya estuviera publicada o fuera a publicarse con posterioridad a la promulgación del Estatuto. Esta norma, madre de todas las dictadas en las colonias británicas y de la ya mencionada cláusula de la Constitución de Estados Unidos, entrelazó para siempre la noción de que el progreso cultural se incentivaba concediendo derechos exclusivos sobre las creaciones a sus autores. El *progreso de las ciencias y las artes útiles* se conseguiría concediendo a *cada autor o inventor el derecho exclusivo sobre su obra o invento por el tiempo que las leyes acordaran*.

Estas facultades reconocidas al autor forman una zona de exclusividad, cuya incolumidad depende de la no injerencia de terceros no autorizados. En esta zona de señorío del autor sobre la obra solo podrá entrar aquel a quien el autor o la ley habiliten y, tratándose de un derecho exclusivo, toda intromisión no autorizada generará un daño.

Concebiremos al daño en el derecho de autor como el *menoscabo en los derechos del autor o titular sufrido por el ejercicio de sus facultades exclusivas por un tercero no autorizado por el propio autor o titular o por la ley*, en consonancia con el artículo 1068 del Código Civil, que señala que “habrá daño siempre que se acusare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. Podríamos decir entonces que el daño en el derecho de autor implica un “perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria [...] por el mal hecho [...] a sus derechos o facultades”.

Quien se irroge alguno o todos los derechos del autor genera un daño que deberá ser reparado, no solo porque transgrede normas o principios generales del derecho de autor, sino y principalmente porque se trata daños injustos que “una valoración axiológica rechaza que sean soportados por la víctima sin compensación”.

Repugna a la esencia de derecho de autor que quien ha dado origen a una obra que nutrirá los bienes culturales de una sociedad dada deba tolerar que sus derechos exclusivos y limitados en el tiempo por motivos sociales puedan ser ejercidos por quienes no tienen derecho alguno para ello, y obtengan además una ventaja, sea económica o de disfrute personal, a costa del damnificado.

Con acierto, en materia de derechos de autor ya se ha elevado a principio general aquello de que el daño surge de la sola transgresión a la norma legal o contractual. En el hecho dañoso se encuentra el daño mismo, in *re ipsa locuitur*.

El derecho del autor a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios resulta del solo hecho de la violación del derecho exclusivo que la ley reconoce a aquel para vender y distribuir la obra.

El razonamiento que informa este principio general es que, siendo por esencia el autor el único autorizado a ejercer las prerrogativas, cualquiera que se irroge sin autorización esas prerrogativas causa un daño. Ingresar de modo indebido en la zona de derechos exclusivos del autor y ese hecho en sí es dañoso. A ello debe sumarse que no existe norma en nuestro derecho que autorice a aprovecharse sin autorización del trabajo intelectual ajeno y enriquecerse sin causa.

## 7.

---

### CONDUCTAS ILÍCITAS GENERADORAS DE DAÑOS

La ilicitud o antijuridicidad de un hecho de una persona reside en la contradicción entre este y el derecho objetivo considerado en su totalidad, esto es, no con relación a determinada norma sino al ordenamiento jurídico como tal, comprensivo de normas generales, normas particulares, valores y principios jurídicos, por lo que basta en definitiva que se viole el principio general de no dañar a otro.

Al respecto se ha precisado: “El acto ilícito consiste en una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de

imputación o atribución legal del perjuicio”. Se incluye en la definición apuntada la directiva del artículo 1109 del Código Civil, relativa a la obligación de indemnizar a la víctima por las consecuencias atribuibles jurídicamente al autor del hecho.

Cuando esta contradicción entre las conductas esperables y realizadas se relaciona con una norma general o particular de derecho de autor, porque alguien se ha irrogado algunas de las prerrogativas jurídicas que la ley asigna al autor o titular de la propiedad intelectual, nos encontramos ante un ilícito autorial.

Determinadas las facultades del autor o titular de un programa de computación y del usuario, como así también los alcances habituales de las licencias de uso, identificaremos, con apoyo en la jurisprudencia, hechos antijurídicos en relación con los programas de computación, sin pretender agotar dicha enumeración puesto que una de las características de la antijuridicidad es su atipicidad.

La zona de exclusividad que hemos trazado más arriba servirá como elemento de demarcación entre las conductas prohibidas y permitidas.

## **7.1. LA REPRODUCCIÓN O COPIA INDEBIDA**

El autor o titular de una obra es quien tiene, en los términos del artículo 2 de la ley 11723, la facultad exclusiva de reproducir o autorizar la reproducción de la obra, lo que incluye la de hacer o autorizar la realización de copias: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de [...] reproducirla en cualquier forma”, y es ese el derecho que se encuentra vulnerado cuando alguien reproduce sin licencia del autor un programa de computación.

Cada vez que el autor pone una obra en el comercio, existe la posibilidad de que esta sea copiada sin su autorización. Evitar estas prácticas que desalentaban la creatividad fue precisamente el objetivo del ya citado Estatuto de Ana.

A diferencia de lo que ocurre hoy, en esa época existían dos fronteras que de algún modo complicaban la actividad de quienes copiaban las obras: una primera de índole material, que implicaba disponer de una imprenta para hacer los ejemplares, y otra de tipo territorial, que tenía que ver con el grado de desarrollo de las comunicaciones en ese momento y que impedía que una obra copiada cruzara las fronteras rápidamente.

La digitalización de las obras derribó la primera frontera, pues ya no se requiere siquiera un esfuerzo económico importante para obtener una copia; basta una computadora personal, un teléfono celular o cualquier dispositivo de almacenamiento para hacerla.

La segunda frontera fue destruida por Internet, a la que actualmente tienen acceso 2.200 millones de personas. La tecnología, que paradójicamente está alojada en los derechos de autor, ha aumentado de manera exponencial la vulnerabilidad de las obras intelectuales.

La copia sin autorización, por lo general denominada *piratería*, es quizás la más común de las violaciones al derecho de autor, cualquiera sea la naturaleza de la obra reproducida.

El término *piratería* es comúnmente empleado en inglés para designar los delitos que afectan a la propiedad intelectual, como surge de las segundas acepciones que a continuación se transcriben: “*Piratería*, sustantivo 1. la práctica de atacar y robar naves en el mar. | 2. el uso no autorizado de la obra de otro”, y “1. El delito de atacar naves en el mar en orden a robarlas. | 2. El acto de hacer copias ilegales de videos, programas de computación, libros para su venta: piratería de *software*”.

Su origen histórico parece remontarse a *The True-Born Englishman*, de Daniel Defoe, publicado en 1701, un *bestseller* de la época, del cual se hicieron 80 mil copias ilegales. En el prefacio de la última edición, el autor escribió en forma satírica: “Debería estar preocupado porque ha sido impreso una y otra vez por piratas, como ellos se llaman...”.

La palabra *piratería* tiene dos acepciones en el ámbito de los derechos de autor. La primera alude a cualquier violación a los derechos exclusivos que las leyes reconocen a los autores o titulares de la propiedad intelectual, y parece coincidir con la descripción típica del artículo 71: “Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley”.

La segunda, más acotada, hace referencia a la violación de estas facultades mediante la realización de copias sin autorización del autor, y se adscribe a las siguientes figuras típicas del artículo 72 en sus incisos *a* y *d*, respectivamente: “El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes”, y “El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados”.

En el artículo 72 *bis* encontramos previsiones similares pero referidas a fonogramas.

En la ley 11723 no existe ninguna mención del vocablo *piratería*, por lo que utilizaremos, por rigor metodológico, los términos *reproducción o copia indebida*. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia frecuentemente utilizan la primera palabra para referirse a la copia ilegal de obras intelectuales, como en estos antecedentes:

Los perjuicios ocasionados a los autores con la copia doméstica, resultan tan gravosas como los ocasionados por la piratería, pues si bien la primera obedece a una acción individual, la reiteración constante trasunta una seria reducción del mercado con la consabida pérdida de beneficios.

Los problemas que trae la piratería del *software* son quizás los más destacables, por el volumen al que ascienden los daños sufridos por los titulares de los derechos sobre el *soft* y la dificultad de la prueba de la extensión del daño.

Nuestra ley de la materia no contiene una definición de *copias*, la que puede sin embargo encontrarse en el derecho estadounidense, que las define como:

[...] objetos materiales, distintos de los fonogramas, en los cuales una obra puede ser fijada por cualquier método conocido o a conocerse en el futuro y desde el cual una obra puede ser percibida, reproducida o de cualquier modo comunicada, sea directamente o con el auxilio de una máquina o aparato.

La noción de copia transcrita ha ido ampliando su alcance para adaptarse a las nuevas tecnologías, y así la reproducción de la obra en un disco duro, una memoria portátil o en un sitio web genera una copia que eventualmente puede constituir una infracción, postura que se coronó en 1996 con el WCT, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de aquel año, por cuanto equipara los derechos que los autores tienen en el entorno físico y en el entorno digital en los siguientes términos:

El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna.

Lo expuesto significa que el almacenamiento digital, provisional o permanente se incluye en el concepto de copia.

La copia de programas de computación se encarna en diversas acciones tales como realización de copias adicionales de un programa en un soporte físico o lógico, copia de disco duro a disco duro, carga en el disco duro de equipos puestos a la venta con *software* ilegal, *download* de *software* disponible en Internet sin autorización del autor o titular de la propiedad intelectual y falsificación.

La ilicitud de estas conductas se reflejó ya en la primera jurisprudencia sobre el tema, tanto para casos en que existía una reproducción a escala de las obras como para aquellos en que la reproducción se limitaba al ámbito hogareño:

La reproducción no autorizada de un único ejemplar es tan ilícita como la practicada en múltiples ejemplares, autorizándose únicamente la anotación manual en oportunidad de una comunicación pública de la obra, y no la multiplicación de ejemplares por medios mecánicos.

Si bien son muchas las personas que, para evitar la compra más onerosa de un programa original, recurren a la copia “casera” de la información contenida en un diskette, vale decir el *software*, ello no impide entender *per se* dicha actividad como no delictiva.

A los efectos de la tipificación penal se exige el dolo, requisito subjetivo que desaparece cuando nos encontramos en el ámbito de la reparación civil, por lo que podemos afirmar que en el derecho argentino cualquier copia o reproducción que no cuente con la debida licencia de uso implica una infracción a los derechos de autor. La conclusión se basa además en el texto del artículo 71, que dispone genéricamente la responsabilidad por cualquier defraudación, conclusión que se apoya en este fallo:

Con ajuste a lo dispuesto por los arts. 71 y 72 inc. c) ley 11723, el dolo es requisito indispensable para la tipificación del delito penal de defraudación, pero no ocurre lo mismo respecto de la procedencia de la acción civil.

Uno de los indicios que tiene en cuenta la justicia al resolver en supuestos de copia es la repetición de los números de serie de los productos o las claves adulteradas. Así, en un caso en el que se discutía la responsabilidad penal del titular de un ciber por tener reproducciones de sistemas operativos y juegos en treinta PC, el juez estimó que la repetición del ID de producto era un indicativo de la copia, aun cuando tuviera en su poder un CD original, el que finalmente no se tomó en cuenta porque había sido adquirido en violación a las disposiciones del fabricante sobre productos OEM, ya que estos productos pueden solo ser vendidos preinstalados en equipos nuevos, cosa que no había ocurrido.

Idénticamente, esta vez en sede civil y en una causa por reproducción indebida, el juez consideró un fuerte indicio de la copia el hecho de que “algunas computadoras tenían instalado *software* de la actora con número de Licencia ‘1111111111’ [...] en el que se adulteró el verdadero número de Licencia”.

Resumiendo, diremos que la reproducción indebida en el ámbito civil tiene los siguientes rasgos:

- a. Supone generar una copia física o digital de la obra.
- b. La copia puede ser permanente o temporal.
- c. No interesa la finalidad de la copia; puede ser doméstica o a escala.
- d. No se requiere ánimo de lucro en quien copia.
- e. No se requiere dolo.
- f. La repetición o adulteración de códigos y claves es un indicio de la copia indebida.

Como cualquier otro derecho, en tanto ninguno es absoluto, el derecho de autor está sujeto a limitaciones, cuyo fin práctico es garantizar la circulación de los bienes culturales y el derecho de los ciudadanos a acceder a ellos, mediante excepciones que permiten utilizar una obra sin autorización expresa y normalmente sin el pago de una remuneración. Veremos a continuación cómo operan estas restricciones en el derecho argentino a los efectos de precisar en qué casos la copia está permitida y por ende la ilicitud de la conducta excluida.

## 7.2. LA COPIA DE SALVAGUARDIA

Quien ha adquirido una autorización del titular de la propiedad intelectual para utilizar un programa de computación puede reproducir “una única copia de salvaguardia de los ejemplares originales del mismo”, en virtud del artículo 9 de la ley 11723, texto según reforma de la ley 25036. Esto consagra una limitación a los derechos del titular, limitación que no cede aun en caso de que este lo haya prohibido expresamente.

Esta cláusula, pensada para las épocas en que el *software* se ejecutaba directamente de numerosos disquetes, cuya fragilidad era un padecimiento cotidiano y cuya vida útil era escasa, limita los derechos del autor en tanto es a él a quien le cabe la facultad de autorizar la ejecución de la obra. La *ratio legis*, común a todas las legislaciones, es que el usuario original tenga el permiso para reinstalar la obra, aun cuando el soporte físico primigenio se haya deteriorado por cualquier acontecimiento.

En el ámbito de la Unión Europea las pautas dadas por la Comisión al analizar el grado de adaptación de la directiva 91/250 permiten ahondar en el fundamento de la norma argentina:

La excepción de copia de salvaguardia se limita a garantizar que la utilización normal del programa no se vea ininterrumpida en caso de pérdida o defecto del original. Debe ser realmente necesaria para la utilización del programa de ordenador. Cuando deje de existir el derecho de utilizar un programa de ordenador, o si este derecho no ha existido nunca, esta excepción no es aplicable. La realización de copias para un uso no autorizado no está permitida sino que constituye un acto de piratería de programas informáticos.

Ante esta última situación y para distinguir si se trata de “copias indebidas” o de “copias de salvaguardia”, siguiendo los parámetros del artículo 9, el juzgador deberá realizar un examen que implica verificar:

- a. que quien realiza la copia sea un usuario original ya que quien no reviste esta calidad no posee este derecho;

- b. que se haya realizado una *única copia*;
- c. que la copia se encuentre identificada con fecha y nombre de la persona que la realizó;
- d. que su finalidad sea el reemplazo del original cuando este deviene inútil.

Solo posee esta facultad el usuario legítimo del programa de computación y exclusivamente ante el hecho de que la copia provista por el titular del derecho de autor se haya dañado de tal modo que se pierde o inutiliza, lo que implica que en ningún caso pueden ejecutarse simultáneamente ambas copias, hipótesis que puede ser corroborada por un perito en la especialidad mediante la verificación del ID de producto.

En el caso *Anselmi*, en el que se discutía la reproducción ilícita de *software* por carecer el usuario de las licencias correspondientes, el juez realizó este examen y al respecto indicó:

La defensa no acreditó debidamente que [...] se tratara de las copias de salvaguardia de los programas originales (*back up*). No se presentó las debidas identificaciones con indicación del Licenciado que realiza las copias de salvaguardia y la fecha de la misma (artículo 9 de la ley 11.723).

Excluida esta causal de justificación y no acercadas licencias que avalaran la instalación, el juez concluyó que las copias eran ilegales.

Un problema que nuestra legislación no resuelve es el de los *backups* generales, aconsejables por las mejores prácticas de seguridad informática, por medio de las cuales se realizan imágenes de los discos con el objeto de poder restaurar, en caso de pérdida de la información, el estado anterior a la fecha de este procedimiento. En esa imagen habrá reproducciones completas de los programas de computación que esa computadora tiene instalados. Muchas veces se realiza un *back up* diario, por lo que al cabo de un año un usuario original podría tener muchísimas reproducciones de la obra.

Ante esta situación, deberá el juez realizar una interpretación finalista de la norma, verificar cuál ha sido la intención del usuario y comprobar que dicho programa no se encuentra en uso en dos dispositivos al mismo tiempo, pero sin duda que la referencia legal a una “única copia” será un escollo a superar.

### **7.3. LIBRE UTILIZACIÓN CON FINES DE REPRODUCCIÓN (FAIR USE)**

La libre utilización con fines de reproducción se encuentra contemplada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna y en el artículo 13 del ADPIC. Estos autorizan a los países



a establecer excepciones al derecho exclusivo del autor en determinados casos especiales, siempre que la reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los derechos del autor. Por ello:

En un gran número de leyes se estipula la facultad de que gozan las personas a título particular para reproducir una obra exclusivamente para su utilización personal, privada y no comercial. Ahora bien, dada la facilidad para copiar y la calidad de los ejemplares obtenidos gracias a los progresos tecnológicos, en algunos países se ha limitado el alcance de esas disposiciones, en particular, por conducto de sistemas que permiten la copia hasta cierto punto pero cuentan con un mecanismo de pago a los titulares de derechos de los perjuicios de que sean objeto sus intereses económicos debido a los actos de copia.

Algunas legislaciones nacionales europeas admiten el derecho de copia privada, pero esta excepción no resulta aplicable a los programas de computación en virtud del artículo 5.1 de la Directiva.

En Estados Unidos la doctrina del *fair use* o uso leal es consecuencia de un desarrollo jurisprudencial que comenzó a mediados del siglo XIX, por el que se preservó, en ciertas circunstancias, el derecho de reproducir una obra, que de otro modo hubiese sido considerado infracción al *copyright*.

Con el objeto de cumplir el mandato constitucional de promover el progreso de las ciencias, la doctrina del *fair use* entiende que una aplicación literal del derecho de reproducción atentaría contra la circulación y el acceso a los bienes culturales, y que en pos de ello ciertas copias deben ser toleradas, en tanto y en cuanto no signifiquen un perjuicio económico para el autor.

La doctrina del uso leal implica:

[...] el poder de utilizar obras sin obtener autorización del titular de los derechos, partiendo de factores como la naturaleza y la finalidad de la utilización, en particular, si la misma tiene fines comerciales; la cantidad de la parte utilizada en relación con todo el conjunto de la obra; y las repercusiones de la utilización en el valor comercial potencial de la obra.

Sobre este derecho del usuario, la doctrina argentina se pronuncia aseverando en modo categórico:

En la legislación argentina no hay excepciones al derecho de reproducción para uso personales o privados.

Esta afirmación, con base en la inexistencia de una disposición expresa que autorice la excepción, se apoya en la premisa largamente acuñada de que las limitaciones al derecho

de autor están sujetas a *numerus clausus*, y eso es lo que coloca prácticamente a cualquier copia no autorizada en el carácter de indebida, con la salvedad hecha al explicar la copia de salvaguarda.

A pesar de la meridiana claridad de nuestra ley, ha existido jurisprudencia que considera que en Argentina el usuario de un programa de computación tiene el derecho de realizar copias privadas:

La reproducción o copia ilícita no debe confundirse con la copia privada que no afecta el derecho de explotación del autor del *software*. Resulta excesivo exigir la autorización del titular del derecho de explotación para la reproducción del programa para uso privado, hecho que no constituye el delito del art. 72 inc. a ley 11.723.

En conclusión, en el país no se elimina la ilicitud del acto por la alegación del derecho de copia privada, toda vez que tal excepción no se encuentra contemplada en la legislación.

#### **7.4. PLAGIO**

La atribución jurídica de la expresión de la idea a su creador liga la obra a la voluntad de este, quien en ejercicio de sus derechos morales y patrimoniales puede exigir que cualquier reproducción incluya su nombre, como así también que sea respetada su individualidad, oponerse a cualquier modificación a ella y a cualquier apropiación por un tercero.

El eje de una obra intelectual es su originalidad. Sin ella, cualquiera sea el grado que se exija en la legislación y la jurisprudencia, no habrá protección válida aun cuando los órganos administrativos hayan procedido a inscribir y catalogar a la obra como trabajo intelectual protegible por derechos de autor. Por ello para la Corte Suprema de la Nación es obra intelectual toda “expresión personal, original y novedosa de la inteligencia”.

La originalidad supone un grado de distinción entre las obras y establece una separación entre los derechos de uno y otro autor. Retomando la idea de la zona de exclusividad, es la originalidad la que separa a una obra de otra y a un autor de otro. La falta de originalidad en alguna de ellas implica una injerencia indebida en el espacio de exclusividad del autor de la primera obra.

El plagio consiste precisamente en la apropiación de todos o algunos elementos originales de la obra de otro autor, presentándolos como propios.

Para la Suprema Corte de Estados Unidos la originalidad tiene dos elementos: la creación independiente (opuesta a la copia de otro autor) y un grado mínimo de creatividad. Por ello, para determinar si una obra ha sido copiada, con lo que pierde el requisito de

originalidad que califica a todo trabajo intelectual como tal, se utiliza el *test* generado en el precedente *Arnstein v. Porter* de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito en 1946, que dio origen al denominado *Arnstein test for infringement*.

No se encuentran en la jurisprudencia nacional antecedentes de métodos similares, y determinar el grado de similitud u originalidad de una obra es para los tribunales argentinos “una cuestión de hecho librada al prudente arbitrio judicial”.

Según el *test* *Arnstein*, la prueba de la copia puede hallarse en la admisión del propio demandado o, en la mayoría de los casos, por evidencia circunstancial de que el posible infractor tuvo acceso a la obra y que existen similitudes entre ambas, con lo que dejan de ser creaciones independientes. Existe una proporción inversa entre la prueba de acceso y la similitud: cuanto más débil sea la prueba de acceso, más fuertes deben ser las similitudes; cuanto más fuertes sean las similitudes, menor deberá ser la convicción del tribunal en cuanto al acceso a la obra.

En cualquier caso, la prueba de la copia y el acceso no es suficiente para considerar que existe infracción; se requiere que sea sustancialmente similar, y ello se examina en algunos casos a los ojos de expertos y en otros a los del observador común. Pero, aun cuando exista similitud sustancial, si la copia se hizo sobre elementos no protegibles por *copyright*, como las ideas o escenas comunes, tampoco habrá infracción, aun cuando se haya probado el resto de los elementos, lo que se ha resumido en otro *test*, denominado *abstraction-filtration-comparison*, que abordaremos más adelante.

## **7.5. LA CUESTIÓN DE LOS ELEMENTOS PROTEGIBLES DEL PROGRAMA DE COMPUTACIÓN**

La irrupción de los programas de computación en el ámbito de la propiedad intelectual plantea dos interrogantes centrales al considerar un posible plagio: el primero se refiere a cuál es el grado de originalidad exigible para un programa de computación, que no tiene fines estéticos sino utilitarios, y el segundo se relaciona con la determinación de los elementos protegibles de este tipo de obras por aplicación de la dicotomía *idea-expresión* contenida en el artículo 1 de la ley 11723.

Materialmente el plagio de un programa de computación, atendiendo a la naturaleza literaria que Berna les asigna, consiste en la copia textual del código fuente o el código objeto. Lo cierto es que, tal como lo deja entrever el decreto 165/2004, hay en el *software* muchos elementos que denominaremos *no literales*, entre ellos la estructura general y la organización, los que aun siendo originales podrían ser copiados sin que se genere responsabilidad para el

infractor, simplemente porque algunos de ellos no son material protegible por derecho de autor.

Los *elementos literales* de un programa de computación se identifican con la expresión del código en un lenguaje de programación determinado, que fue elegido por el programador para arribar al resultado deseado con el *software*, conforme a los requerimientos del *software* que está desarrollando y del *hardware* en el que se ejecutará.

Aun cuando el catálogo de operaciones de donde elegir la programación es escaso, debido a que no se trata de lenguajes con una riqueza como la del uso cotidiano, la programación implica un grado de creatividad y una impronta personal en estilos y forma de plasmación de las ideas, por lo que cabe la posibilidad de obtener los mismos resultados con códigos *literalmente* distintos; por ejemplo, porque hay secuencias de comandos cuyo orden de escritura no altera el resultado final.

Por ello, si se demuestra la coincidencia de la programación de las obras que están siendo comparadas, lo más probable es que se haya tenido acceso al código y se lo haya copiado, lo que da derecho a la reparación civil, como así también configura la acción típica prevista en el artículo 72, inciso c, de la ley 11723.

Ahora bien, tanto con los elementos literales como con los elementos no literales, será necesario determinar si nos encontramos ante una expresión original o ante la idea o sistema subyacente, ya que el artículo 1 de la ley 11723 dispone:

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.

En la sección 102.b de la Copyright Act se encuentra una noción similar:

En ningún caso la protección por copyright de una obra original se extenderá a la idea, procedimiento, método de operación, concepto, principio o descubrimiento, sin perjuicio de como el sea descripto, explicado o incorporado en dicha obra.

Estas cláusulas delimitan los campos de actuación de las diferentes categorías de la propiedad intelectual. Bajo el derecho de autor solo se protegerá la forma en que se expresa una idea o concepto, pero no esa idea en sí misma. Si la intención es proteger el sustrato de la expresión, debe acudir al régimen de patentes, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos de patentabilidad.

Por esta razón, cuando se pone en tela de juicio la independencia en la creación de una obra, debe en primer término verificarse cuáles son los elementos protegidos por el

derecho de autor y cuáles no. El modo de expresión debe separarse de la idea, disección que no siempre resulta fácil.

La originalidad de una obra intelectual debe darse en la forma de expresión, y la idea subyacente puede ser común. Esta es “la manera principal en que el *copyright* promueve el progreso de las ciencias y las artes útiles”, formando un caudal de conocimiento e información libremente accesible, que de ese modo logra la transferencia de conocimientos de una generación a otra y de una sociedad a otra.

Las ideas forman parte del *background* común y funcionan como peldaños para el desarrollo del conocimiento, y esto es así, aun en el régimen de patentes, que prevé siempre la publicación de las descripciones del invento para que quien desee utilizarlas, previa autorización del titular, pueda hacerlo.

Para determinar qué parte de la obra es idea o proceso y cuál expresión, y por ende qué parte está protegida por derechos de autor y qué parte no, se ha utilizado un método analítico de tres pasos, originado en el precedente *Baker v. Selden*. En este fallo se sostuvo que la obra protegida por *copyright* que describe un método práctico, un sistema o un proceso no previene que otros pongan ese método práctico, sistema o proceso en uso, puesto que este no es protegible por *copyright*.

Respecto de los programas de computación, este método permite determinar si los elementos del *software* —y cuáles— se encuentran en la órbita del derecho de autor. Ha sido utilizado, entre otros, en los casos *Computer Associates International Inc. v. Altai Inc.*, *The Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries Ltd.* y *Engineering Dynamics, Inc. v. Structural Software*.

En el primer paso, de *abstracción*, el juez debe diseccionar la estructura del programa de computación según cada nivel de abstracción, comenzando por el código hasta llegar a la articulación de la función última del programa. En el segundo paso, de *filtrado*, deben removerse los elementos no protegibles por el *copyright*: ideas, formas de expresión necesariamente ligadas a la idea (*scenes a faire*), requisitos externos al programa o elementos en el dominio público, dejando un núcleo de material protegible (*core of protectable material*). El tercero, denominado de *comparación*, supone contrastar aquello que ha quedado del material anterior como protegido (*the golden nugget*), lo que el presunto infractor ha copiado y su importancia en el conjunto de la obra.

Con base en la jurisprudencia de Estados Unidos —ya que en la Argentina no se han encontrado precedentes judiciales que traten este tema—, es posible afirmar que los siguientes elementos se consideran exceptuados de la protección por derechos de autor:

- a. El propósito principal o función de un programa o un módulo.
- b. Las tareas que cumplirá un programa de computación, sea que tengan por finalidad hacer funcionar el *hardware* o lograr efectos exteriores, como crear los sonidos y vistas de un *videogame*, o procesar textos.
- c. Los procesos o métodos incorporados al programa que forman parte de la arquitectura del sistema, los módulos operacionales y los algoritmos.
- d. Hechos que normalmente forman parte de la estructura de datos o del código objeto no resultan protegibles, pero sí lo es la originalidad en su selección y arreglo.
- e. Elementos del dominio público.
- f. Las expresiones fundidas o inseparables de una idea que por sus propias características no puede expresarse de otro modo (*the merger doctrine*).
- g. Expresiones que son comunes o estándar a un tema en particular o que son necesarias por criterios de eficiencia, lo que hace que esa forma de expresión no pueda separarse de la idea.
- h. Expresiones que son consecuencia de factores externos (*scenes a faire*), tales como requerimientos de *hardware* y especificaciones mecánicas, requerimientos de compatibilidad con el *hardware*, estándares de diseño del fabricante de la computadora y prácticas comunes de programación de la industria.
- i. Constantes que comprimen parte de las fórmulas usadas para los cálculos del programa.
- j. Menús y comandos de teclado.
- k. Factores que determinan cómo se organiza la información del programa.
- l. Formatos de entrada de los datos.

En disonancia en el caso *Whelam Asoc. v. Jaslow Dental Laboratories*, la corte extendió la protección a la estructura, secuencia y organización aun cuando no se había producido la copia de elementos literales. Este fallo ha sido criticado extensamente en los fallos antes citados.

Los programas de computación, normalmente con un fin utilitario o práctico, persiguen la realización de tareas o el cumplimiento de objetivos concretos y encarnan en sí mismos claramente la idea de proceso o método, por lo que siempre habrá que evaluar según la dicotomía idea-expresión si nos encontramos ante material protegible por el derecho de autor o no.

## 7.6. MODIFICACIÓN DE LA OBRA

A diferencia del resto de las obras protegidas por el derecho de autor, el *software* responde a necesidades prácticas y no estéticas. Se ha creado para cumplir objetivos

determinados y, desaparecidos estos, desaparece la utilidad. Las obras de arte y de literatura nacen para perpetuarse; esa es precisamente una de las comunes aspiraciones de su creador: la transcendencia temporal. Muchas veces reflejan o captan momentos únicos o estados de ánimo que a través de ellas se intenta inmortalizar. Normalmente el espíritu de un diseñador de *software* es otro, y por ende también el de su obra.

La capacidad de procesamiento de los computadores aumenta vertiginosamente y los programas de computación deben adecuarse a tales cambios tecnológicos, lo que da origen a nuevas versiones y ediciones que reemplazan en el mercado a sus predecesoras. Este constante devenir se realiza usualmente sobre obras ya existentes, que sirven de escalón tecnológico para nuevos programas.

Otras tantas veces, es necesario adecuar los programas a ciertas necesidades de los clientes o a normas legales, como es el caso de los programas de gestión contable, que deben reflejar las disposiciones de los organismos impositivos, las leyes laborales o los estándares de calidad certificados por las empresas. Todo ello supone actualizaciones y *updates* de los programas de computación. ¿Quién es la persona autorizada para realizarlos?

Entre los derechos patrimoniales del autor se encuentra, en la mayoría de las legislaciones reseñadas, el de *transformar* la obra o autorizar a otro sujeto para que lo haga; por lo tanto, es solo el autor quien tiene originariamente ese derecho.

Recordemos que todo lo que no está expresamente autorizado en el contrato de licencia está prohibido para quien no sea titular de los derechos. Dicho positivamente, el licenciatario tiene la obligación de respetar la integridad de la obra, tal como le fue entregada por el titular, idea que campea en todo el plexo normativo de la ley 11723.

El negocio de una empresa de productos y servicios de *software* que arriesga e invierte en desarrollar obras de propiedad intelectual se relaciona no solamente con la venta de licencias, sino con todo el cúmulo de conocimientos generados alrededor de ellas, que se concretan en los servicios de mantenimiento y actualización que presta el desarrollador.

Si el usuario accede ilegítimamente —por ejemplo, por la obtención ilegal de los programas fuente—, desequilibra la ecuación económica en su favor y en contra de quien tiene los legítimos derechos sobre dicho producto.

## 8.

### EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Si se encuentran reunidos los presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad civil, “la víctima se convierte en acreedor y el autor del perjuicio en deudor de una obligación de reparación, exigible judicialmente a falta de cumplimiento voluntario por el responsable”.

La acción de responsabilidad civil se rige por las disposiciones de fondo y de forma aplicables al ejercicio de las acciones judiciales; sin embargo, y como se advertirá ya a esta altura del desarrollo del presente trabajo, llenar algunos de los requisitos necesarios para el ejercicio exitoso de aquellas puede resultar algo difícil cuando en el terreno campean las infracciones al derecho de autor.

El ejercicio de la acción de reparación pone a prueba la pertinencia de la teoría general de la reparación civil en casos derivados de violaciones al derecho de autor. Es en este momento, el de poner en la práctica normas ideadas para otro tipo de daños, cuando el sistema se somete a examen. Y así la tensión entre lo general de la norma y lo particular del derecho a tutelar alcanza su dimensión más importante, en tanto una aplicación de las normas sin respetar la pauta interpretativa del artículo 12 de la ley 11.723 puede conducir a la negación de los derechos del damnificado.

#### 8.1. EXISTENCIA DEL DAÑO Y FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Dado que la procedencia del resarcimiento deriva del derecho común, es menester acreditar los extremos que hacen a la configuración de la responsabilidad civil: el daño, la violación de un deber jurídico impuesto por la ley, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la imputabilidad del autor.

Habiendo tratado el tema de la antijuridicidad en la sección referida a las más frecuentes conductas ilícitas y la relación de causalidad al abordar la legitimación pasiva, nos centraremos ahora en la demostración del daño y el factor de atribución.

Al respecto y sobre ambos elementos, CIFUENTES ha hablado de la *teoría objetivizadora* de la responsabilidad en el derecho de autor, en el que no se requiere ni la prueba del daño ni del factor de atribución para hacer nacer la responsabilidad, tal como lo hizo notar en un fallo de su autoría.

Sobre tal postura existe aquiescencia en que:



En caso de plagio o reproducción indebida de una obra intelectual, la existencia del daño —como ha expresado Satanowsky— resulta del solo hecho de la reproducción o la impresión ilícita. En consecuencia, dado que el perjuicio surge de la sustracción y uso de la obra intelectual ajena, el damnificado no debe probar que se le ha ocasionado un perjuicio, ya que nadie tiene derecho a enriquecerse con el trabajo intelectual ajeno.

En lo concerniente a la atribución de la responsabilidad existen supuestos, como el del derecho de autor, en que basta para tener por acreditada la culpabilidad con probar el hecho ya que “la sola situación fáctica torna evidente la culpa del agente: prueba de la culpa *in re ipsa* o por la fuerza de los hechos mismos”, y a ello parece referirse CIFUENTES cuando habla de responsabilidad objetiva:

Ahora bien, la responsabilidad por actos ilícitos en el área autoral, ¿es solo subjetiva o puede ser también objetiva? Parece que la respuesta se inclina indefectiblemente por la primera por cuanto no enmarca en las normas que tratan el riesgo y el vicio, de donde habría que acreditar no solo el hecho sino también la culpa del responsable que lo cometió. Sin embargo, es *jus receptum* en nuestros tribunales, aquello de que el solo hecho de la violación del derecho exclusivo del autor, causa un daño susceptible de apreciación pecuniaria.

Se trataría de un caso de culpa presumida ante la sola transgresión a los derechos de autor, sin que se requiera prueba al respecto más que la del hecho que lo origina, fundada tal atribución en que en materia de derechos intelectuales el daño resulta del solo hecho de la violación del derecho exclusivo que la ley reconoce a aquel para decidir sobre la obra.

Actualmente, y dado que el derecho de daños se centra principalmente en la víctima, no es extraña la conclusión de que no se requiere la prueba de la culpabilidad, por cuanto:

Son tantas las hipótesis en que la culpa se presume, sea por imperio legal, sea por elaboración jurisprudencial, que bien puede decirse que la carga de probar la culpa ha dejado de ser una regla para convertirse en una excepción.

En otros casos, al analizar el hecho, la conclusión sobre la culpabilidad del infractor nos acercará a la noción de *dolo*. Ejemplo de ello son los casos en que para modificar el código se ha realizado ingeniería inversa, todo lo que supone el conocimiento de que el acceso estaba vedado y por ello se realizaron maniobras tendientes a develarlo; o aquellos en que para realizar más copias que las permitidas o para instalar un *software* sin licencia se craquean claves o se generan fraudulentamente, y por último, aunque sin agotar las hipótesis, aparecen

casos en que expleados desarrollan programas idénticos a los de su expleador, sin poder alegar que el resultado de la programación ha sido azarosamente similar.

Determinar si el accionar ha sido doloso, lo que incide en la extensión de resarcimiento, exigirá que los jueces se adentren en cuestiones técnicas que muchas veces escapan al común de los magistrados y de los abogados, por lo que los planteos deberán centrarse en la explicación de la complejidad técnica o de las barreras que hay que cruzar para realizar las actividades mencionadas.

Resumiendo, el autor o titular de la propiedad intelectual deberá probar la intromisión en su zona de exclusividad, y el daño y su atribución culpable se inferirán de dicha prueba, por lo que su efectividad y suficiencia cobra suma importancia, como veremos a continuación.

## **8.2. MEDIDAS NECESARIAS PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA**

El primer elemento a tener en cuenta al momento de obtener pruebas sobre violaciones a los derechos del productor de *software*, sea ante sospechas de copia indebida, modificación o plagio, es que el objeto sobre el que recaerá es un intangible y que como tal puede ser alterado o borrado rápidamente sin dejar rastros. En ese estado de cosas, la notificación a la contraparte de la pretensión de verificación judicial de estos extremos atentaría contra la función procesal de aseguramiento que tiene la prueba.

La mera noticia que pudiera tener el infractor de las intenciones del proceso tornaría ineficiente la constatación, ya que el *software* normalmente se encuentra almacenado en los discos rígidos de las computadoras, cuya operatoria de borrado es extremadamente sencilla, veloz y puede no dejar registros. Para frustrar los derechos del titular de la propiedad intelectual, la contraparte podría no solo borrar, sino guardar el *software* instalado en otros discos para que no se aprecie su instalación o directamente ocultar el *hardware*.

El segundo elemento a tener en cuenta es el temporal. Por las mismas razones antes apuntadas, no habrá efectividad en la obtención de la prueba si esta es producida en la etapa procesal de prueba posterior a la demanda.

Ambas razones justifican la utilización de diligencias preliminares o de prueba anticipada, según el ordenamiento aplicable. Estas han de tener por objeto “asegurar o conservar elementos de convicción que podrían desaparecer o resultar de muy difícil producción”, y tratar de evitar que se frustre la posibilidad de ejercer los derechos jurisdiccionalmente, procurando la incorporación o conservación de elementos probatorios que de otro modo podrían perderse o deteriorarse.

Por este tipo de diligencias, puede solicitarse a un perito especialista en informática que verifique la reproducción de los programas de computación, que obtenga copias de ellos a los efectos de compararlos con las inscripciones ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor en un supuesto de plagio, que verifique la modificación de la obra, etcétera. El perito informático, tras analizar las computadoras del posible infractor, establecerá una situación fáctica que es la que se requiere para acreditar el daño.

Como ya se dijo, la noticia a la contraparte debería ser obviada, recurriendo a la noción de *urgencia* que contienen la mayoría de los códigos procesales.

La urgencia contempla no solo aquellos casos en que esta surge del transcurso del tiempo, sino aquellos, como es este, en que la medida se podría frustrar “a raíz del mismo hecho del hombre (v. gr., su destrucción o deterioro)”. En esa inteligencia se sostiene:

[Se entiende] por razones de urgencia también a las que tienen que ver con la posibilidad del desbaratamiento de la prueba por hechos del hombre, pues la finalidad de la medida de prueba anticipada contempla también el supuesto de que el futuro actor o demandado o un tercero pueda alterar las cosas o lugares objeto de aquella.

La jurisprudencia ha receptado esta posición y sostuvo:

La finalidad de la medida de prueba anticipada contempla el supuesto de que el futuro demandado o un tercero alterare las cosas o lugares objeto de aquella y, por tal razón, se prevé que el juez la disponga inaudita parte.

Para que medidas de este tipo sean eficaces, el Tribunal deberá munir al diligenciante de facultades suficientes para allanar domicilios y hacer uso de la fuerza pública, para los casos en los que medie resistencia física o lógica —por ejemplo, porque las computadoras poseen claves— y subsidiariamente autorizar el secuestro de los equipos sobre los que recaerá la pericia. De no contarse con dichas facultades, la simple negativa del requerido implicará la desobediencia de la orden judicial de constatación, lo que conllevará seguramente a la frustración de los derechos del autor, que ya no podrá obtener la prueba de los ilícitos de los que sospechaba.

Por su parte, el artículo 50 del ADPIC faculta a las autoridades judiciales para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces inaudita parte destinadas a: “a) evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción de aquellas, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana, y b) preservar la pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción”.

También el autor podrá solicitar al posible infractor los documentos que se encuentren en su poder destinados a demostrar la reproducción o utilización de los programas de computación —por ejemplo, las licencias de uso—, con fundamento en el artículo 43 del ADPIC, que dispone:

Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar que, cuando una parte haya presentado las pruebas de que razonablemente disponga y que basten para sustentar sus alegaciones, y haya identificado alguna prueba pertinente para sustanciar sus alegaciones que se encuentre bajo el control de la parte contraria, esta aporte dicha prueba, con sujeción, en los casos procedentes, a condiciones que garanticen la protección de la información confidencial.

Es por ello que usualmente los tribunales intiman, en el mismo acto de constatación, a la presentación de la documentación que avale el uso del *software* instalado.

### **8.3. LA PRETENSIÓN RESARCITORIA**

El sistema de reparación de nuestro Código Civil está contenido en el artículo 1083 y “consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior; salvo cuando por la índole del mismo ello resulte imposible, o si el damnificado opta por la indemnización pecuniaria”. Esta alternativa del acreedor es ponderada por la doctrina en tanto “es justo que tenga esta opción quien ha sufrido, en su persona o bienes, las consecuencias del hecho ilícito”.

Siendo la regla la reparación en especie, nos preguntamos en qué medida esta es aplicable a los daños derivados del derecho de autor.

Explica claramente ALTERINI:

La ley 17.711 establece, en cambio, que el resarcimiento consistirá en la reposición al status quo ante. Esta procede si el acreedor elige de tal modo reparar, salvo: a) que no se trate de cosas, en los términos del art. 2311, según lo que expresamente dispone el nuevo art. 1083; b) que la reposición al estado anterior sea imposible; c) que promedie abuso del derecho por parte del acreedor, ahora expresamente vedado por el art. 1071 del Cód. Civil (art. 1º, inc. 54º de la ley 17.711); d) que sea de aplicación la facultad judicial consagrada por el párrafo agregado por aquella al art. 1069.

Las obras protegidas por el derecho de autor no son cosas, sino “objetos inmateriales susceptibles de valor”. Esto las excluye de la posibilidad de reparación en especie, lo que resulta relevante a la hora de computar las licencias de uso adquiridas con posterioridad al hecho dañoso como parte del resarcimiento. Por otra parte, aunque a veces parezcan confundirse, la indemnización encuentra su causa jurídica en el hecho ilícito.

La indemnización constituye una obligación autónoma cuando se trata de reparar los daños y perjuicios originados por la ejecución de un acto ilícito, y tiene en este su fuente directa.

En cuanto a la licencia de uso en la voluntad de las partes, si alguien desea, luego de haber sido demandado, utilizar el *software*, debe adquirir las licencias, lo que no puede confundirse con una indemnización, que reconoce una causa distinta.

#### **8.4. VALUACIÓN DEL DAÑO**

Entre las precisiones que debe contener una demanda, y a efectos de que el demandado pueda ejercer su derecho de defensa, se encuentra la estimación del monto de la indemnización que se reclama, en ejercicio del derecho conferido por el artículo 1083 del Código Civil.

Cuando el hecho ilícito se refiere a casos de piratería a escala industrial, como la falsificación, copia o instalación en equipos para su posterior venta, conocer la cantidad de ejemplares editados y vendidos permitiría probar cuáles son los beneficios que se obtuvieron aprovechándose del esfuerzo creativo del autor. En estos supuestos, nos encontramos ante la ardua tarea de determinar cuál es la cantidad de ejemplares que se han reproducido y cuántos de ellos se encuentran ya en el mercado. No habrá rastros en la contabilidad del infractor, salvo algún grado de torpeza rayano con lo patológico; tampoco habrá adquirentes de productos pirateados dispuestos a alegar su propia torpeza, y si los hubiera, no serían todos, lo que coloca al damnificado frente a una prueba prácticamente imposible.

Esta realidad es reflejada por la doctrina:

En los casos de piratería de discos, videos, *software* u otros ilícitos análogos, como el alquiler de discos, esta relación (entre la edición legítima y la forma que esta afectó o pudo haber afectados las ediciones de la obra legítima) es muy difícil de establecer y los jueces carecen de pautas tangibles para mensurar los daños, por lo que la indemnización muchas veces puede no guardar relación con el perjuicio causado por la explotación ilícita de las obras.

En igual orden de ideas, en el fallo *Anselmi* se enseña:

[...] los problemas que trae la piratería del software son quizás los más destacables por el volumen al que ascienden los daños sufridos por los titulares de los derechos sobre el soft y la dificultad de la prueba de la extensión del daño.

Las mismas dificultades acaecen ante hipótesis de copias domésticas o utilizadas en ámbitos empresariales. Aun cuando normalmente en estos casos podemos determinar la

cantidad de productos instalados o que estuvieron instalados con una prueba anticipada, no será fácil medir las ganancias que la empresa obtuvo de su uso ilegítimo y que, como tales, podrían corresponder al titular de la propiedad intelectual.

Hoy existe además un efecto multiplicador de los daños que complica aún más las cosas y que deriva del *upload* de la obra a Internet, ya que cuando una copia ilegal de un archivo digital, como el *software* o la música en formato MP3, es puesta a rodar, nada tendrá su andar, ya que su disponibilidad en Internet colocará la obra al alcance de millones de personas. Las responsabilidades por este acto pueden ser compartidas por el titular del sitio y los proveedores del servicio (*Internet service provider*), pero ¿cómo medir la cantidad de copias para cuantificar el daño?, y ¿cómo medir las ganancias que se obtuvieron cada vez que alguien hizo uso del sitio?

Pensemos ahora en casos de plagio. La visión romántica del autor creando en su soledad ha sido en muchos casos sustituida por la de las grandes industrias, como las de la música, el cine o el *software*. Para desarrollar un programa de computación se ha invertido tiempo y dinero en investigación y desarrollo. Quien plagia, evita toda esa inversión y utiliza el conocimiento ajeno como un *start up* para su negocio sin ninguna erogación al respecto. ¿Cómo puede medirse este aprovechamiento? ¿Cuánto dinero ahorró el plagiario por no investigar ni desarrollar su programa? ¿La referencia al valor de la obra tendrá alguna utilidad?

La cifra se torna aún más inasible si nos referimos a algún caso de acceso indebido al código fuente del programa, *core business* de una empresa de *software* propietario y normalmente resguardado bajo la figura del secreto comercial.

Si la infracción se refiere a la modificación de la obra por el usuario, normalmente el daño económico o patrimonial que la modificación ha producido estará calculado con base en la pérdida de la compensación dineraria por los servicios que dejó de prestar el autor, como consecuencia directa de la conducta ilegítima del infractor, ya que realizando las modificaciones por cuenta propia no paga los servicios por actualizaciones y/o correcciones, lo que implica que no ingresan al patrimonio del autor ganancias que este podía esperar. ¿Cómo medir esos servicios? ¿En horas de programación? Y ¿cómo medir el daño por violación de la integridad de la obra? Y si la empresa no presta usualmente estos servicios, ¿no tiene derecho a percibir nada?

El problema radica en que la ausencia o falta de prueba impacta negativamente en los derechos de la víctima, tal como registra este antecedente:

Si bien la sola violación de la propiedad intelectual puede considerarse como determinante de la existencia de daño material, lo cierto es que acreditado de tal modo el desmedro, pero no su cuantía de modo categórico, la falta o insuficiencia probatoria gravita en perjuicio del damnificado.

### **8.4.1. Sistemas de cuantificación**

Básicamente existen, según la OMPI, cuatro sistemas para determinar la cuantía del daño.

#### ***Daño real y beneficios del demandado***

En este sistema se utilizan dos parámetros para medir el daño: el lucro cesante y las ganancias del infractor. Corresponde al actor determinar sobre cuál de ellos pretende el resarcimiento y probar su extensión.

No es posible acumular ambos conceptos, por lo que quien demanda debe escoger uno de los parámetros, tal como lo determina la sección 502 de la Copyright Act:

El titular del copyright tiene derecho a recuperar las pérdidas que haya sufrido como resultado de la infracción y cualquier ganancia del infractor atribuible a la infracción y que no haya sido tomada en cuenta al computar el lucro cesante. En la determinación de las ganancias del infractor, el titular del copyright solo requiere presentar prueba de las ganancias brutas del infractor, y a este corresponde probar los gastos deducibles y los elementos de las ganancias atribuibles a otros factores distintos de la obra protegida por copyright.

Tomando como presupuesto que resultará difícil demostrar cuáles son las ganancias que el infractor ha obtenido, la ley estadounidense establece que corresponde al autor solo probar cuáles fueron las ganancias netas del infractor y a este, si quiere desvirtuar tal extensión, probar que sus ganancias se derivaron de otras actividades o elementos que no guardaban relación con la obra infringida o que no tuvo ganancias.

Dado que estos cálculos resultan a veces imprecisos o muy dificultosos, se ha acuñado el principio de que *cualquier duda en el cálculo de los costos o ganancias se resolverá a favor del demandante*.

#### ***Analogía con las licencias***

En este sistema, el factor a tener en cuenta para determinar el daño sufrido es una hipotética licencia que el autor concedió al infractor, aun cuando no hubiesen existido tratativas entre las partes o intención de concederla.

En la Argentina es generalmente esta la unidad de medida del daño, y su utilización se apoya en el razonamiento de que el precio de esa licencia es la base sobre la cual debe calcularse el daño, con el objeto de que el infractor no quede en mejor posición económica que la que habría tenido de obtener la autorización para utilizar la obra.

Para estimar el valor los tribunales recurren a licencias para obras similares y con los mismos usos, a aranceles preestablecidos y al valor en el mercado de una licencia del tipo de la infringida.

### ***Daños morales o inmateriales***

La existencia de facultades morales del autor es extraña al derecho estadounidense, que bajo la concepción del *common law* considera al *copyright* un derecho de exclusivo corte patrimonial:

El derecho de autor en Estados Unidos concede derechos económicos, más que morales. Su primer propósito es promover la creatividad y la diseminación de los trabajos creativos, de tal manera que el público pueda beneficiarse de la labor de los autores [...] Esta situación legal no se modificó cuando Estados Unidos se adhirió a la Unión de Berna, en 1989, al ratificar la Convención de Berna. Esta Convención requiere que los Estados miembros reconozcan ciertos derechos morales, pero no es autoejecutiva bajo la Constitución y las leyes de Estados Unidos.

Sin embargo, procederá este resarcimiento cuando según las reglas generales de la responsabilidad se haya afectado el honor o la reputación del autor, pero no ya sobre la base del derecho de autor, sino de los derechos personalísimos que están en juego.

Por el contrario, en los países que no pertenecen al *common law*, el derecho de autor posee una faz moral íntimamente vinculada a la personalidad de su creador, quien por tal calidad tiene ciertas prerrogativas jurídicas inalienables e imprescriptibles.

Por ejemplo en la directiva 2004/48 de la Unión Europea se dispone que las autoridades judiciales al establecer indemnizaciones pueden tener en cuenta otros elementos que no sean los económicos, tales como el perjuicio moral causado al autor o titular de la propiedad intelectual.

### ***Daños y perjuicios preestablecidos / daños y perjuicios establecidos por ley***

En casos de piratería o falsificación en los que no es posible determinar las ganancias que el demandado pudo obtener por la conducta apropiadora, resulta sumamente útil cuantificar de antemano el daño de la víctima, lo que además tiene un efecto disuasorio de las infracciones.

Este sistema de cuantificación puede encontrar resistencia en aquellos países en que los daños punitivos no se encuentran admitidos, puesto que se considera que conceptualmente son dos figuras afines.



En otros países, sin embargo, no se consideran predominantemente punitivos, sino un remedio que apunta a proveer reparaciones plenas por el daño sufrido por el titular del derecho de autor. Este tipo de daños cumple este objetivo incluyendo los gastos adicionales del titular (por ejemplo, gastos administrativos destinados a determinar la infracción y su origen).

Usualmente se encuentran calculados con base en la multiplicación por un número equis (dos, tres o más veces) el valor que la obra tiene en el mercado o con base en montos mínimos y máximos establecidos en la ley y dentro de los cuales el juez, atendiendo a las circunstancias y el valor de la obra, puede escoger la suma a pagar.

Es este el parámetro que, como una alternativa al sistema del lucro cesante, brinda la sección 504 de la Copyright Act, otorgando al autor la posibilidad de solicitar en cualquier momento anterior a la sentencia un resarcimiento basado en la tarifa legal que dicho artículo contiene. Este se refiere a la totalidad de los daños causados por la infracción y resulta de suma utilidad para aquellos casos en que la prueba de las pérdidas y las ganancias resulta insuficiente o de muy difícil producción. Cuando nos encontremos ante un hecho doloso, lo que requerirá la prueba de que el infractor conocía que estaba violando la ley, el tribunal podrá ampliar hasta cinco veces el monto mayor contenido en la ley. Por el contrario, cuando el demandado demuestre una infracción inocente, derivada de que no tenía razones o motivos para conocer que su actuar estaba prohibido, la suma puede ser reducida, en lo que constituye un armonioso juego de daños tarifados y equidad, entendida esta como la rectificación de la solución legal ante el caso concreto.

Esta es la razón por la cual los autores y titulares de la propiedad intelectual colocan noticias sobre el *copyright* en sus obras, en las que se cumple no solo con la Convención Universal, sino también se informa sobre los derechos del autor y las limitaciones de los derechos del usuario.

Son comunes en la práctica jurídica estadounidense las *cease and desist letters*, por las cuales se pone en aviso a una persona de su posible infracción y se le solicita que cese y desista de tales conductas. En Internet esta función la cumplen las *take down notices*, en las que se indica al titular de un sitio web que en dicha página se encuentra alojado material protegido por *copyright* sin la debida autorización de sus autores o productores, todo lo que implica poner en *conocimiento* del infractor la ilicitud de su conducta.

#### **8.4.2. La situación en Argentina**

De la lectura de la jurisprudencia en la materia pueden extraerse principios generales relativos a la valuación del daño y que deberán aplicarse teniendo en cuenta las

particularidades del caso concreto, so pena de arrasar con las diferencias entre un tipo de obra y otra y, consecuentemente, alejarnos del ideal de la indemnización adecuada.

En primer lugar, la *unidad de medida del daño* es, según la jurisprudencia argentina, el beneficio que el autor habría podido obtener de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que el autor habría obtenido de haber autorizado la reproducción o adaptación de la obra, combinando el sistema del lucro cesante y de la analogía con las licencias, De tal modo se señala:

Las particularidades de los derechos inmateriales exigen que se valoren todas las circunstancias que tengan incidencia sobre el monto del resarcimiento. El titular del derecho de autor tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. Por esta razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho, se alientan las infracciones.

El autor tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita de la obra o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación.

Este valor está relacionado usualmente con el valor de comercialización de la obra —en el caso del *software*, de la licencia de uso—, que servirán como parámetro para calcular el daño inferido al autor y encuadran en el concepto de “remuneración que el autor hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación”.

El valor a tomar en cuenta no es un valor histórico, lo que en el *software* reviste gran importancia pues las obras son reemplazadas constantemente por versiones más actualizadas, sino que es el *valor actual* de la obra; en el caso que nos ocupa, de la licencia de uso:

Se debe indemnizar al autor de acuerdo al valor actual de los ejemplares de la obra sin tener en cuenta el costo, y que la indemnización debe estar condicionada a las circunstancias que imperan en el momento en que se la fija, puesto que en la determinación del monto de la reparación por daños y perjuicios no corresponde ceñirse a fórmulas rígidas sino que deben valorarse todas las circunstancias que tengan incidencia sobre el asunto.

Esta fórmula de la mejor remuneración o beneficio a valores actuales fue la utilizada en el fallo *Anselmi* y toma como valor de referencia el de las licencias de uso, lo que surge de la relación realizada en el considerando IV.

Aun cuando el valor de referencia de la obra son las licencias, aranceles o tarifas usuales para su uso, el infractor debe pagar una suma mayor. Aquellas solo sirven de base sobre la que calcular, como indican estos precedentes:

Por esta razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho, se alientan las infracciones.

En consecuencia encontramos en la jurisprudencia argentina y en conformidad con la doctrina de la materia tres principios generales que han de guiar la tarea del juzgador y del abogado litigante al solicitar una indemnización dineraria: la unidad de medida del daño calculada con base en el beneficio que el autor habría podido obtener de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que el autor habría obtenido de haber autorizado la reproducción, calculada a valores actuales, y que la indemnización debe superar ese monto con el objeto de que no se especule con la utilización ilegítima de las obras.

### **8.5. CESE DEL DAÑO**

Claramente apunta MOSSET ITURRASPE que “el desmantelamiento de la obra ilícita solo se logra con la supresión de los efectos pasados, presentes y futuros; la reparación, en particular la dineraria, logra parcialmente ese objetivo. La complementación se logra con la cesación de la acción antijurídica y la vuelta de las cosas “al mismo o igual estado en que se hallaban antes”.

El principio de no dañar incluye, entonces, el de evitar un daño aún no producido pero que seguramente nacerá, y el de hacer cesar el daño ya causado. Para lograrlo se cuenta con numerosas herramientas de fondo y procesales que permiten ejercer la tutela sustancial inhibitoria, cuyo objeto directo es:

[...] la prevención del daño mediante una orden para impedir que se cause (en caso de amenaza de lesión) o bien, para que cese su producción (si la actividad ofensiva ya se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración).

Esta petición no excluye la reparación dineraria y es independiente de ella, pues la simple cesación de los efectos del hecho ilícito no es una reparación, y se intenta, además, evitar que el infractor continúe en el disfrute de aquello que obtuvo en violación a los derechos de la víctima.

Es útil recordar, ante todo, que el ordenamiento procesal permite el dictado de medidas innovadoras, con carácter precautorio, cuando la interferencia en la situación de hecho existente es requerida como el medio adecuado, oportuno y eficaz para el ejercicio de la tutela jurisdiccional.

Nuevamente en el artículo 79 de la ley 11723, encontramos un instrumento idóneo para una defensa efectiva de los derechos del autor dañado, quien podrá solicitar al juez el dictado de medidas “que sirvan para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley”. En similar sentido el artículo 50 del ADPIC dispone:

[...] las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual.

Esta cautelar innovadora se encontrará normalmente precedida por una medida de prueba anticipada que servirá como elemento de convicción del juez acerca de la verosimilitud del derecho, y para que proceda deben cumplirse los otros requisitos típicos de este tipo de tutela.

Su finalidad puede ser diversa cuando nos encontramos ante una infracción a los derechos de un titular de programas de computación, cuyo contenido no está sujeto a *numerus clausus* sino solo al cumplimiento de los presupuestos de procedencia. Así, por ejemplo, puede pretenderse:

- a. El cese de uso de las obras de titularidad de la actora que no cuenten con las debidas licencias de uso.
- b. La destrucción o el borrado del código fuente de cualquier soporte en el que se encuentre almacenado, incluidos discos rígidos, cuando el usuario no haya sido autorizado a su posesión por el autor.
- c. La destrucción de todos los programas que se desarrollaron con base en los códigos fuentes o las obras del autor y respecto de los cuales se ha acreditado *prima facie* la existencia de plagio, con apoyo en el artículo 46 del ADPIC, por el que se autoriza a las autoridades judiciales “para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean [...] destruidas [...]”.
- d. El cese de la prestación de servicios de mantenimiento sobre programas que no son propios, cuando dicha actividad suponga la modificación del código fuente y ello estuviera prohibido.
- e. La interrupción de tareas de ingeniería inversa o desarrollo de un programa que infringe derechos de autor de terceros, aun cuando todavía no se encuentre en el mercado sino en etapa de desarrollo.
- f. El retiro del comercio y/o secuestro de ejemplares falsificados.
- g. Que se ordene la abstención de comercializar programas desarrollados en infracción a los derechos de otro titular, etcétera.

La justicia, cuando se dan los presupuestos necesarios para ello, debe dismantelar los efectos del acto ilícito lo antes posible. Una solución contraria puede ser un incentivo más para las infracciones.

## 9. SÍNTESIS

Existe una relación entre el desarrollo cultural, científico y tecnológico de la humanidad y los derechos de propiedad intelectual. Fue a través de estos que se reconoció jurídicamente la creatividad humana mediante un sistema de incentivos para autores e inventores que también procura garantizar los derechos de la sociedad para acceder a ellos. Existe una tensión autor-sociedad que el derecho debe equilibrar constantemente y que hoy es fuente de encendidas polémicas y cuestionamientos.

Cabe a los sistemas jurídicos, para reducir los índices de infracción y para lograr mejoras económicas y sociales, establecer medios eficaces de protección de estos derechos, que por su propia naturaleza son altamente vulnerables. Esa fragilidad ha aumentado geométricamente desde la aparición de Internet y los medios digitales y hoy resulta sumamente fácil, violentar su zona de exclusividad. Pero no por ello esta deja de existir. Son sus límites traspasados los que nos indican que estamos ante una infracción a los derechos de autor y que consecuentemente se ha generado un daño que debe ser reparado según el principio general de no dañar a otro.

La reparación civil de estos daños puede estar prevista en las leyes específicas de la materia o puede encontrarse en el derecho común de los Estados, como es el caso de Argentina. Sobre la conveniencia de esta remisión al derecho civil, hacemos nuestras las palabras de CIFUENTES:

La ausencia de directivas en el repertorio legal no parece lo más aconsejable, sobre todo frente a la necesidad de una adecuada protección de estos derechos que tienen aristas acusadamente propias. La falta de reglas claras y aplicables al preciso encuadre de las figuras jurídicas sobre los hechos ilícitos que se cometen en su violación, coloca a los estudiosos, a sus defensores y juzgadores en verdaderas encrucijadas las que, cuando no hay de parte de ellos —y no es raro ni excepcional que así ocurra— verdadero conocimiento de la sutil proyección de los especiales aspectos que están en juego, al hacerse tabla rasa de tales singularidades, se comete el muy frecuente desliz de tratar lo diferente como si fuera lo igual, lo diverso como si fuera lo común y corriente. Cuando el derecho objetivo y sus aplicaciones no distinguen lo diferente, se distancian

del concepto de lo justo. De donde, aparecen las soluciones que muy poco solucionan al equiparar cualquier daño material o moral de un hecho ilícito general, con el específico de la violación a los derechos de autor.

Existen numerosos casos en los cuales no resulta fácil acreditar los extremos exigidos para el ejercicio de la acción civil, especialmente en lo relativo a la extensión del daño y a la prueba de los hechos. Existen además zonas grises, producto de la protección del *software* como obra literaria, en las que el autor no sabrá a ciencia cierta qué partes de su obra están protegidas, lo que ha sido graficado por la jurisprudencia de los Estados Unidos citada en este trabajo.

En ese estado de cosas, la tensión dialéctica entre lo general y lo particular, presente desde siempre en el derecho, parece alcanzar una magnitud aún más evidente, y sin duda es posible afectar el derecho a una indemnización justa.

Ante la ausencia de normativa específica, el juez deberá adecuar su razonamiento no solo a las circunstancias del caso, con base en la directiva del artículo 16 del Código Civil, sino que tendrá que tener en cuenta los principios específicos de la materia conforme a la directriz interpretativa del artículo 12 de la ley 11723.

Estos principios específicos en torno a la reparación civil derivada de ilícitos autorales han sido esbozados, algunas veces de modo vacilante, por los jueces de la República. Entre ellos pueden mencionarse las pautas para la cuantificación con base en la unidad de medida *remuneración o beneficio actual del autor* y la relativa a la interpretación restrictiva de los derechos de los usuarios de *software*.

Sin duda alguna, la mayor conquista en este terreno es la consagración de la responsabilidad con independencia de la culpabilidad de la víctima y la prueba del daño, que también como principio evidente se presume por el solo hecho de la intromisión en la zona de exclusividad del autor. Tenemos un derecho de autor centrado en el daño y la víctima y no en la culpabilidad, y eso allana en gran medida la defensa de los derechos en sede judicial.

Sin embargo, en un sistema legalista como el nuestro, donde las sentencias constituyen derivaciones razonadas del derecho vigente, la ausencia de un régimen especial aumenta el grado de incertidumbre sobre los resultados de las incursiones judiciales de los autores y titulares y no amedrenta a los infractores.

A ello debe sumarse la ausencia de tribunales especializados y órganos administrativos con poder de policía en la materia.

La jurisprudencia de Estados Unidos podría ser una fuente en la que abreviar para encontrar las soluciones. Siendo este el mayor productor de *software* del mundo y un acérrimo

defensor de la propiedad privada dentro de la cual se encuentra el *copyright*, la experiencia de sus tribunales podría ser aprovechada, por ejemplo, para determinar el alcance de la protección de los programas de computación respecto de algunos de sus elementos literales y no literales.

Este desarrollo, sus conclusiones y las propuestas realizadas tienen como fundamento una fuerte convicción de que en el solo cumplimiento de las normas hay un valor positivo y que su transgresión, a esta altura del siglo, no solo debe ser reparada sino que debe ser prevenida, y un sistema de derecho de daños más adecuado es una buena herramienta para ello.

Solo así aquellos que con esfuerzo y creatividad obtienen arte de la piedra, palabras de la hoja en blanco, música del silencio y soluciones técnicas de un conjunto de números cargados en una computadora encontrarán estímulo suficiente para seguir alimentando la cultura que define a nuestras sociedades.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 3.<sup>a</sup> ed., 1992.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- BESANDON, Martín, *Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8.<sup>a</sup> ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Régimen jurídico de los conocimientos técnicos*, Buenos Aires: Heliasta, 1985.
- CARRANZA TORRES, Martín, *El derecho de la innovación tecnológica. Una historia del tecnotropismo capitalista*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- *Problemática jurídica del software libre*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
- CAZEAUX, Pedro N., y F. A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires: Librería Platense, 1976.
- CIFUENTES, Santos, “Los daños en materia de propiedad intelectual”, [http://www.cadra.org.ar/upload/Cifuentes\\_Danos\\_Propiedad\\_Intelectual.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Cifuentes_Danos_Propiedad_Intelectual.pdf).

- CINQUALBRE, Pedro R., “El resarcimiento como consecuencia de los ilícitos civiles y penales. Modo de calcular los daños y perjuicios. El daño emergente, el lucro cesante y el daño moral”, en *Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor*, Buenos Aires: Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor, 1981.
- DÁVILA, Jorge, “Igualdad, equivalencia y plagios en *software*”, [www.revistasic.com/revista69/pdf\\_60/sic69\\_enconstruccion.PDF](http://www.revistasic.com/revista69/pdf_60/sic69_enconstruccion.PDF).
- EMERY, Miguel Ángel, “La indemnización de los daños causados a los derechos de propiedad intelectual sobre la obra audiovisual”, [http://orglac\shared\reuniones\2005\argentina\audiovisual\ompi\\_da\\_bue\\_05\\_4.doc](http://orglac\shared\reuniones\2005\argentina\audiovisual\ompi_da_bue_05_4.doc).
- *Propiedad intelectual. Ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, Buenos Aires: Astrea, 1999.
- FERNÁNDEZ DELPECH, H., *Internet: su problemática jurídica*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
- GOLDSTEIN, M., *Derecho de autor*, Buenos Aires: La Rocca, 1995.
- GORMAN, Robert, *Copyright Law*, 2.ª ed., Washington: Federal Judicial Center, 2006.
- IDRIS, K., *Intellectual Property - A Power Tool for Economic Growth*, Ginebra: WIPO, 2004.
- JAVIER RIBAS, Alejandro, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Madrid: Aranzadi, 1999.
- KIELMANOVICH, Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo Perrot, 2.ª ed. ampliada, 2005.
- LIPSZYC, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: CERLALC-UNESCO y Zavalía, 1993.
- MILLE, Antonio, “Los programas de computación en el régimen argentino de derecho de autor”, <http://www.mille.com.ar/mille-imagenes/programas-de-computacion.pdf>.
- MOISSET DE ESPANES, L., *Curso de Obligaciones*, Córdoba (Argentina): Advocatus, 1993.
- MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires: EDIAR, 1980.
- OMPI, *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, Ginebra: WIPO, 2007.
- *Secrets of Intellectual Property. A guide for small and medium-sized exporters*, Ginebra: WIPO, 2004.
- WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Laws and Use*, Ginebra: WIPO, 2004.
- ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba (Argentina): Marcos Lerner, 1992.
- PÁEZ, Nora, “Reseña en materia informática”, en *Jurisprudencia Argentina*, suplemento, 2 de abril de 1997, pp. 74-76.



- PALAZZI, Pablo A., “La protección jurídica de los programas de ordenador”, en *Revista de Derecho Informático, Alfa Redi*, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?=228>.
- “Delitos relacionados con la informática, Internet y las nuevas tecnologías”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, 2004.
- PARISE Agustín, “Responsabilidad por violación de *Copyright* en la Jurisprudencia de los Estados Unidos de América”, en *La Ley*, 2007-A, 1057.
- PEIRETTI, Graciela, y Carlos A. VILLALBA, “La propiedad intelectual - El derecho de autor. Concepto de obra protegida. Enumeración y análisis. El registro en la DNDA”, [http://www.cadra.org.ar/upload/Peiretti\\_Registro\\_DNDA.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Peiretti_Registro_DNDA.pdf).
- STORY, Allan, “Intellectual Property and Computer *Software*, a battle of Competing Use and Access Visions for Countries of the South”, <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/description.htm>.
- VILLALBA, Carlos A., y Delia LIPSZYC, *El derecho de autor en la Argentina, Ley 11.723 y normas complementarias y reglamentarias, concordadas con los tratados internacionales, comentadas y anotadas en jurisprudencia*, Buenos Aires: La Ley, 2001.
- WEGBRAIT, Pablo, “La patentabilidad de los programas de computación”, en *La Ley*, 2002-F, 1400.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños*, tomos 3 y 4, Buenos Aires: Hammurabi, 1997-1999.
- ZUCCHERINO, D. R., y C. O. MITELMAN, *Marcas y patentes en el GATT*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

## DOCUMENTOS

- “Copyright Basics”, United States Copyright Office, [www.copyright.gov](http://www.copyright.gov).
- “Estudio de la Legislación Nacional sobre sistemas de registro voluntario de derechos de autor y los derechos conexos”, XIII Sesión de Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, Ginebra, 21 a 23 de noviembre de 2005, [http://www.kipo.ke.wipo.net/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_13/sccr\\_13\\_2.pdf](http://www.kipo.ke.wipo.net/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_13/sccr_13_2.pdf).
- “How technology Sectors Grow. Benchmarking IT Industry competitiveness 2008”, The Economist Intelligence Unit y BSA, <http://global.bsa.org/2008eiu/index.html>.
- “Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, sobre la transposición y los efectos de la Directiva 91/250/CEE sobre la protección jurídica de programas de ordenador”, Bruselas, 10/04/2000, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:ES:PDF>.

“Quinto estudio anual sobre piratería de software”, IDC-BSA, (<http://global.bsa.org/idcglobalstudy2008/>), mayo de 2008.

“The economics benefits of lowering PC Software Piracy”, IDC-BSA, 2008, ([http://www.bsa.org/upload/idc-findings\\_summary.pdf](http://www.bsa.org/upload/idc-findings_summary.pdf)).