

Enl@ce: Revista Venezolana de Información,
Tecnología y Conocimiento
ISSN: 1690-7515
Depósito legal pp 200402ZU1624
Año 5: No. 2, Mayo-Agosto 2008, pp. 13-29

Cómo citar el artículo (Normas APA):
Arias de Rincón, M. (2008). La protección patrimonial de los programas de computación. *Enl@ce: Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, 5 (2), 13-29

La protección patrimonial de los programas de computación

María Inés Arias de Rincón¹

Resumen

El objetivo principal de esta investigación ha sido analizar los derechos de reproducción y de puesta a disposición del público, como formas de explotación de los programas de computación cuando circulan en Internet, contempladas en la Ley venezolana sobre Derecho de Autor y la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena. La investigación es de tipo documental y el método aplicado es el deductivo; aplicándose la técnica de recolección de datos en doctrina y legislación. En cuanto a los resultados, la investigación concluye que la explotación de los programas de computación se establece, en la legislación autoral venezolana, mediante el ejercicio de los derechos de reproducción y comunicación pública, que incluye el nuevo derecho de puesta a disposición del público, recomendando incluirlo, de manera expresa dentro del tradicional derecho de comunicación pública; de forma tal, que cualquier persona pueda acceder un programa desde el lugar y en el momento que lo requiera. Además, se considera la necesidad de legislar sobre el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, para establecer una exención de responsabilidad de los prestadores de servicios por la realización de reproducciones temporales y automáticas de cualquier tipo, que hagan más eficaz la transmisión de los datos a cualquier usuario.

Palabras clave: propiedad intelectual, Internet, programas de computación, reproducción

Recibido: 21-02-08 Aceptado: 15-05-08

¹ Abogada. Candidata a Doctora por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de Informática Jurídica e Investigadora de la Sección de Informática Jurídica y Derecho de la Informática del Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. J. M. Delgado Ocando", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia. Correo electrónico: ariasderincon@hotmail.com

The Patrimonial Proprietary of Computer Programs on the Internet

Abstract

The main objective of this research has been analyzing the rights of reproduction and made available to the public, as forms of exploitation of software when circulating on the Internet, under the Law on Copyright and Venezuelan Decision 351 of the Agreement Cartagena. The research is documentary and the deductive method is applied; apply the technique of data collection in doctrine and legislation. In terms of results, the investigation concluded that the exploitation of software provides, in the authorial Venezuelan legislation, through the exercise of reproductive rights and public communication, which includes the new right of making available to the public, Recommendations include, explicitly within the traditional right of public communication, so that anyone can access a program from a place and at the same time she chooses. In addition, it is concluded on the need to legislate on the liability regime for service providers intermediation, to establish an exemption from liability for service providers by conducting temporary and automatic reproductions of any kind, make more effective transmitting data to anyone.

Key words: Intellectual Property, Internet, Software, Reproduction

Introducción

Existe en Internet la posibilidad de transmitir todo tipo de obras protegidas por el derecho de autor, lo que sin duda, facilita la copia sin el consentimiento de quienes las han creado o producido; situación ésta, que supone una revisión de todos los derechos que les garanticen a los creadores tanto la paternidad e integridad de la obra producida, como un monopolio de explotación de la misma.

En esta investigación se establecen los derechos de explotación que la propiedad intelectual reconoce a los titulares de los programas, para determinar cuándo una actuación relacionada con Internet queda o no incluida en el ámbito de sus derechos y, qué poder debe reconocerse,

según el caso, a cada uno de ellos. Estos aspectos no están expresamente regulados por la legislación venezolana, por lo que se trata de adecuar las categorías jurídicas existentes a las necesidades del nuevo mercado generado por Internet, tratando de preservar un adecuado equilibrio entre los intereses legítimos de los titulares y de los usuarios.

Para comenzar, se harán breves consideraciones sobre Internet desde la perspectiva del derecho de autor. Posteriormente, se estudiarán los programas de computación como obras protegidas por la Ley sobre Derecho de Autor² venezolana, puesto que para la elaboración del presente trabajo se ha tomado como eje central la regulación contenida en dicho texto legal y en la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena: Régimen Común sobre

² Gaceta Oficial N° 4.638 (Extraordinaria) de fecha 1° de octubre de 1993.

Derecho de Autor y Derechos Conexos³. Por último, se estudiarán los derechos patrimoniales y sus excepciones en el entorno de Internet, analizando el régimen existente en ambos textos legales.

Internet desde la perspectiva del derecho de autor

Internet es un claro ejemplo de descentralización, su funcionamiento y su contenido no se controla desde ninguna institución gubernamental o privada, no existe un lugar único de almacenamiento ni un canal único de transmisión. Pero además, Internet es interactiva; cualquier usuario puede actuar a la vez como emisor y receptor de información y cualquier autor puede acceder más rápido y directo al público, lo que significa, que las obras pueden estar disponibles al público en muy breve tiempo; pero sobre todo Internet es una red digital. La información se introduce en la red mediante un computador que la convierte en código binario. Esta digitalización de obras protegidas por el Derecho de Autor ofrece la posibilidad de transmitir en línea múltiples contenidos digitalizados: texto, imágenes, video, música, software, entre otros, a solicitud específica del usuario –lo que se llama transmisiones digitales interactivas–, a cambio de una remuneración o incluso, en forma gratuita, creándose una forma distinta de explotación que debe ser controlada por los titulares de los derechos (Garrote, 2001).

³ Aprobada el 17/12/1993 en Lima, Perú.

⁴ El objeto del derecho de autor es la obra, no es el soporte material sobre el cual se incorpora la creación sino la obra contenida en él, de allí la distinción entre *corpus mysticum* (bien intelectual) y *corpus mechanicum* (bien material).

⁵ Lo cual no quiere decir, que las disposiciones del Convenio de Berna carezcan de relevancia en materia de programas de computación. Éstas resultaban aplicables en virtud del principio del trato nacional y las normas de estos Tratados acerca de los derechos mínimos que integran la protección de las obras protegidas resultaban de aplicación a los programas en la medida en que las leyes y jurisprudencia nacionales establecieran su protección a través del Derecho de autor.

Los programas de computación

La creación de un programa de computación supone un complejo proceso creativo que implica desde el análisis e interpretación de la problemática relacionada con la actividad sobre la que se quiere programar; el diseño funcional, funciones, comandos, estructuras de archivos, entradas y salidas de datos; la conversión a un lenguaje de programación que a su vez lo traduce en lenguaje máquina que ejecuta el computador y, por último, la aplicación de pruebas, corrección, documentación.

Por ello, el programa, su documentación técnica y los manuales de usuario constituyen un bien intelectual (artículo 2 de la Ley sobre Derecho de Autor). Este bien intelectual, es también un bien incorporal e inmaterial, aun cuando se una a un soporte material, la propiedad de ese soporte tangible no supone la titularidad de derechos sobre la creación intelectual incorporada a ese soporte⁴ (artículo 1 Ley sobre Derecho de Autor).

En el ámbito internacional, aunque los programas de computación no fueron explícitamente protegidos por el Convenio de Berna; posiblemente por ello, han sido posteriormente objeto de atención por parte de múltiples convenios internacionales en materia de derechos de autor⁵, entre ellos y que es norma venezolana, el artículo 4 de

la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena que les reconoce protección expresa.

El artículo 3 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, define al programa de computación como la “expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones–, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.

En Venezuela, el artículo 17 de la Ley sobre Derecho de Autor establece que debe entenderse por “programa de computación a la expresión en cualquier modo, lenguaje, notación o código, de un conjunto de instrucciones cuyo propósito es que un computador lleve a cabo una tarea o una función determinada, cualquiera que sea su forma de expresarse o en el soporte material en que se haya realizado la fijación”.

La secuencia de instrucciones en las que consiste el programa de computación ha de tener por finalidad su utilización directa o indirecta en un computador, lo cual significa que la norma exige la aptitud para ser utilizado en un sistema informático, sin importar que ese reporte de instrucciones sea o no objeto de una efectiva utilización.

Otra exigencia legal para que exista un programa de computación es que la secuencia de instrucciones sea capaz de realizar una función o tarea o de obtener un resultado concreto dentro del sistema informático; si no arroja resultado alguno esa “secuencia de instrucciones” no puede ser legalmente considerada un programa de computación y, por lo tanto, no será objeto de protección por el derecho de autor.

Además, la definición legal exige la expresión de las instrucciones en cualquier forma o su fijación en un soporte material. La “expresión en cualquier forma” nos lleva a pensar que no tiene que ser necesariamente un soporte físico, puede expresarse a través de un medio tangible o intangible; tal exigencia responde al grado de permanencia que requiere el programa, duración en el espacio y en el tiempo que haga posible su reproducción⁶.

Los derechos de explotación involucrados en la transmisión digital de programas de computación

La Ley sobre Derecho de Autor, al igual que otras legislaciones y los principales tratados internacionales sobre la materia, reconocen a los autores de obras literarias, artísticas o científicas un derecho exclusivo, de carácter complejo, integrado por derechos de carácter personal (dere-

⁶ La generalidad de los sistemas jurídicos de protección de la propiedad intelectual, acogen el principio de que la propiedad intelectual protege la expresión de las ideas y no éstas en sí mismas consideradas. Por ello, respecto a los programas de computación, cualquiera que sea su forma, en el ámbito del derecho de autor únicamente va a ser protegible la expresión, y no las ideas que contienen, siempre que reúnan los requisitos mínimos para ser considerados como obras, estos son originalidad y creatividad. La originalidad de un programa de computación se mide por el tipo de resultado, tarea o función a la que específicamente está destinado.

chos morales)⁷ y derechos de carácter patrimonial (derechos de explotación) que atribuyen al autor la plena disposición y explotación exclusiva de su obra sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

Los derechos de explotación otorgan al autor el derecho exclusivo a la explotación patrimonial de su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficio; explotación que no podrá ser realizada por nadie sin su autorización, salvo en los casos especialmente previstos en la Ley, artículo 23 Ley sobre Derecho de Autor y 13 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena. Al contrario de lo que sucede con los derechos morales, los derechos de explotación pueden ser transmitidos (mediante cesiones o licencias) a un tercero para la explotación comercial de la obra, tanto en los mercados tradicionales como en los nuevos mercados electrónicos, implementados principalmente a través de Internet. Esta situación desde el punto de vista jurídico tiene varias implicaciones:

1. Como es un derecho exclusivo cualquier excepción legal es restrictiva. Su titular puede ejercitar directamente, sin intermediación de otra persona, los derechos y oponerlos frente a todos los demás, exigiéndoles un deber de respeto y abstención en su esfera de poder. El titular de los derechos de explotación tiene, el poder de autorizar, prohibir o hacer por el mismo cualquier acto de explotación de la obra.

2. Toda forma de explotación de la obra pertenece al titular, a menos que la ley establezca una determinada excepción.
3. El autor tiene el poder de ejercer facultades no consagradas expresamente en la ley.

Bajo el supuesto tradicional, los programas de computación incorporados en soportes corpóreos se configuran como objetos de intercambios comerciales, en consecuencia, pasan a ser considerados una mercancía, productos valorables en dinero y susceptibles, como tal, de constituir objetos de transacciones comerciales. De esta forma, la creación intelectual ha reportado beneficios económicos para su titular, a través de su exteriorización en un soporte material, los cuales, una vez incorporada la obra, constituyen objetos de explotación por parte del titular del programa. Explotación que se manifiestan a través del ejercicio de un derecho exclusivo de reproducción, en virtud del cual el autor admite la fijación del programa en soportes informáticos, que permiten su comunicación y la obtención de copias del mismo. El derecho de reproducción es complementado con el derecho exclusivo de distribución, que permite la puesta a disposición del público de copias del programa mediante la enajenación definitiva del soporte informático (venta), la dación temporal del soporte (alquiler) o cualquier otra forma. Ambas figuras, representan formas de explotación corporales por cuanto colocan en manos del usuario del programa de computación,

⁷ Los llamados derechos morales están conformados por una serie de facultades personalísimas, irrenunciables e inalienables que corresponden al autor sobre su obra (divulgación, paternidad, integridad, modificación y arrepentimiento), y están regulados en el artículo 18 y siguientes Ley sobre Derecho de Autor.

un soporte informático en el cual se materializa la obra.

En Internet, los mecanismos de comercialización de los programas de computación, con respecto a los derechos de autor han cambiado. Cuando los programas circulan en Internet, sin soportes corpóreos, su explotación continúa manifestándose a través del ejercicio del derecho exclusivo de reproducción, al permitir el titular la fijación del programa en el servidor Web –proceso de carga del programa– y, luego, al autorizar su transmisión, reproducción y utilización en el computador del usuario. Sin embargo, por cuanto no existen soportes corpóreos en la transmisión digital de programas de computación, no se admite que su comercialización a través de Internet, sea expresión del derecho de distribución del titular, por el contrario, en la Red, el derecho de reproducción se suma al derecho de comunicación pública, que en una amplia definición, incluye un nuevo derecho de puesta a disposición del público –cuando se asigna un Uniform Resource Locator (URL) al programa o a la página web donde éste se encuentra cargado, se perfecciona el acto de puesta a disposición del público–. Posteriormente, los programas se comercializan mediante cesiones del derecho de uso.

De conformidad con el artículo 39 de la Ley sobre Derecho de Autor, el derecho de explotación de una obra comprende el derecho de comunicación pública y el derecho de reproducción. Por su parte, el artículo 13 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena establece para el autor el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción, comunicación pública, distribución pública, la importación al territorio de cualquier País

Miembro de copias realizadas sin autorización del titular del derecho y la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

El artículo 40 de la Ley sobre Derecho de Autor cuando establece el derecho de comunicación pública distingue los conceptos de emisión, transmisión, retransmisión y difusión de obras. Sin embargo, cuando hacemos referencia a la transmisión de programas de computación por Internet se está pensando en la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a los programas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Sobre tal modalidad de transmisión, nos corresponde definir, si encuentra cabida en alguno de los derechos previstos en la Ley sobre Derecho de Autor o por el contrario, es necesaria la creación de un nuevo derecho de puesta a disposición del público.

Del artículo 23 de la Ley sobre Derecho de Autor puede extraerse que la explotación de las obras a través de Internet, queda sujeta a la autorización de su autor por cuanto éste goza del derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficio, utilizando para ello los derechos particularmente reconocidos de reproducción, distribución y comunicación pública, ampliados a través del reconocimiento de otros dos derechos de explotación establecidos en el artículo 13 de la Decisión 35 del Acuerdo de Cartagena, como son los derechos de transformación de la obra y de importación al territorio de cualquier país miembro de copias hechas sin su autorización.

De tal forma que la ley, utilizando una noción bastante general de explotación de la obra da

cabida a nuevas modalidades de explotación, no obstante, parece obligar a encajar tales facultades dentro de las nociones de comunicación pública y reproducción, las cuales afortunadamente resultan bastantes amplias. Y es este carácter amplio del llamado derecho de comunicación pública el que va a permitir encuadrar la transmisión de obras a través de Internet dentro del derecho exclusivo del titular de explotar su obra, apoyando sin duda, el proceso de puesta a disposición del programa, en el derecho exclusivo de reproducción⁸.

La puesta a disposición del programa de computación en Internet como acto de comunicación pública

En el artículo 40 de la Ley sobre Derecho de Autor se considera comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas puede

tener acceso a la obra, siendo más clara la definición contenida en el artículo 15 de la Decisión 351 que entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas⁹.

Nuestro interés en este momento se centra en interpretar la definición legal de comunicación pública y comprobar si la transmisión digital de un programa de computación reúne los requisitos que forman el concepto legal de comunicación pública, y puede, además, incluir el derecho de “puesta a disposición del público” que constituye una nueva forma de explotación de las obras en Internet, ya reconocida por textos autorales de más avanzada¹⁰. Para ello, vamos a diferenciar cada uno de los elementos sobre los que gira la noción de comunicación pública.

⁸ Esta adaptación de las normas ya existentes a las nuevas situaciones creadas por la irrupción de las nuevas tecnologías, se explica por cuanto la explotación de las obras intelectuales a través de redes digitales, incluyendo los programas de computación, parece no requerir, en opinión de la doctrina especializada, la creación de nuevos conceptos jurídicos dentro del derecho de autor, tan solo se necesita acomodar los derechos ya existentes, a las nuevas formas de explotación (Plaza, 2002).

⁹ Ambas normas, el artículo 40 de la Ley sobre Derecho de Autor y el artículo 15 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, contemplan una serie de conductas que representan actos de comunicación pública, entre ellas:

- La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y audiovisuales;
- La emisión por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.”
- La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;
- La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;
- La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;
- La accesibilidad al público de bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas;
- La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartes anteriores y por entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.

¹⁰ El artículo 8 del Tratado de la OMPÍ sobre Derecho de Autor contiene una definición de comunicación más adaptada a los nuevos tiempos: “...los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, **comprendida la puesta a disposición del público de sus obras** (negrilla nuestra), de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

Requisitos de la comunicación pública como derecho exclusivo del titular del programa

El ejercicio del derecho exclusivo de comunicación pública por parte del titular, exige el cumplimiento de ciertos requisitos esenciales, a saber:

1. La existencia de una pluralidad de personas que puedan acceder simultánea o sucesivamente a la obra.

En Internet, lo relevante es la puesta del programa a disposición del público y, en este sentido, un programa puesto en un servidor de la Web es susceptible de ser recibido por más de una persona en forma simultánea o sucesiva.

2. La posibilidad de acceder al programa de computación por parte de los destinatarios del acto de comunicación pública.

El argumento es, sí por ejemplo, un programa cargado en una página Web, al cual puede acceder el usuario desde su computadora, se ajusta o no en la exigencia de “posibilidad de acceder a la obra” establecida en la ley. El acto relevante desde un punto de vista económico es el de hacer una oferta permanente al público, pues la ley no menciona la exigencia de un acto positivo de comunicación para que ésta tenga lugar (Garrote, 2001), incluso caben en el supuesto de comunicación pú-

blica aquellos casos en que el programa sea puesto a disposición del público en una página Web no visitada o que el programa sea puesto en forma codificada (Rivero, 1997).

3. La exigencia de publicidad.

La doctrina moderna propone una nueva dimensión del concepto de “público”, más acorde con los modernos desarrollos tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones. Se ofrece el disfrute de la obra a un número de personas, es decir, se hace accesible a una pluralidad de personas. De ahí que no sea exactamente el público lo decisivo, sino el que la obra se haga accesible al público (Erdozain, 1994). La tenue diferencia entre el enfoque clásico y el enfoque moderno respecto al carácter público de la comunicación, como derecho exclusivo del titular, está centrada en la poca trascendencia que en los actuales momentos, en atención a las nuevas tecnologías, se le da al “lugar” –tradicionalmente teatros, salas de cine, etc.– donde se percibe la obra; basta que exista la posibilidad de acceder un grupo de personas desde cualquier lugar, desde el hogar del usuario o desde una sala de computadores de uso público, para calificar como público un acto de comunicación de la obra intelectual.

Ahora bien, puede darse la circunstancia de que actúen agentes electrónicos¹¹ programados automáticamente para intercambiar programas

¹¹ Por agente electrónico se entiende un sistema de información o un servidor conectado a una red, por ejemplo, Internet, programado por una “persona física” o por un tercero en nombre de aquel, para que opere automáticamente en la red, incluyendo el intercambio de programas de computación.

de computación. Si el concepto de público lo determina la posibilidad de acceder a la obra de un grupo de “personas”, esto significa que se requiere la “condición humana” para hablar de público. Cuando actúan agentes electrónicos funciona el principio de atribución de sus actividades automáticas a la persona responsable de la producción de sus impulsos, es decir, quien los programa o por cuya cuenta un tercero los programa y a quien se le imputan los efectos de la actuación del sistema de información que intercambia (Illescas, 2001). De modo que, desde un punto de vista jurídico, el agente electrónico debe recibir el mismo tratamiento de la persona física a quien representa, incluso en el caso de intercambio de agentes electrónicos no se modifica la condición de “público” del acto de comunicación.

En resumen, si existe la posibilidad de acceder al programa de una “pluralidad” de personas y, además, se utiliza Internet como canal de comunicación, de acuerdo con el Derecho venezolano, la puesta a disposición del público de programas de computación a través de Internet, constituye un acto de comunicación pública.

Las interrogantes que se nos plantean son dos: Primera, ¿El acto de puesta a disposición del público del programa en Internet encaja en algu-

nas de las modalidades previstas en el artículo 40 Ley sobre Derecho de Autor? y, en todo caso, segunda, ¿en qué medida estamos ante una puesta a disposición del público distinta a la que menciona el artículo 41 *ejusdem*¹² como comprendida dentro del derecho de reproducción?

Respecto a la primera interrogante, la transmisión digital interactiva de programas de computación al público, puede incluirse en el numeral 8 del artículo 40 de la Ley sobre Derecho de Autor que establece como acto de comunicación pública el “acceso público a bases de datos de computador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas”. En una primera lectura puede verse que la norma establece como acto principal el “acceder” a la obra y no la “puesta a disposición”, pero como ya se dijo, lo realmente relevante para caracterizar la puesta a disposición como acto de comunicación pública es la “posibilidad de acceder a la obra”, y no, su disponibilidad efectivo por parte del público.

En el supuesto de que los programas no residen en bases de datos, debe hacerse una interpretación amplia bajo el supuesto de que tal actividad constituye un acto de comunicación pública según el propio artículo 40, e incluir la explotación interactiva en línea de los programas de computación

¹² Artículo 41 de la Ley sobre Derecho de Autor. La reproducción consiste en la fijación material de la obra por cualquier forma o procedimiento que permita hacerla conocer al público u obtener copias de toda o parte de ella, y especialmente por imprenta, dibujo, grabado, fotografía, modelado o cualquier procedimiento de las artes gráficas, plásticas, registro mecánico, electrónico, fonográfico o audiovisual, inclusive el cinematográfico.

El derecho de reproducción comprende también la distribución, que consiste en la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler u otra modalidad de uso a título oneroso. Sin embargo, cuando la comercialización autorizada de los ejemplares se realice mediante venta, el titular del derecho de explotación conserva los de comunicación pública y reproducción, así como el de autorizar o no el arrendamiento de dichos ejemplares.

dentro de los actos que requieren autorización de los titulares de los derechos. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar la conveniencia de una reforma del artículo 40 de la Ley sobre Derecho de Autor, que incluya dentro de las actividades que comprenden el derecho de comunicación pública la puesta a disposición de las obras de forma tal, que cualquier persona pueda acceder a las mismas desde el lugar y en el momento que ellas mismas elijan.

Respecto a la segunda interrogante, el artículo 41 Ley sobre Derecho de Autor, establece que el derecho de reproducción comprende el derecho de distribución, el cual consiste en la puesta a disposición del público el original o copias de la obra mediante su venta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler u otra modalidad a título oneroso. En cuanto al derecho de distribución, la doctrina ha venido entendiendo que requiere la fijación material de la obra (Marco, 1995) (Garrote, 2001)¹³. De tal manera que, en primer lugar, la distribución involucra el propósito o la intención de poner a disposición del público el programa de computación. Segundo, el objeto de la puesta a disposición de la que habla el artículo 41 es el programa de computación en sí, siendo necesario que el objeto de distribución (soporte que contenga el programa) sea un bien tangible.

Sin embargo, si incluimos la “puesta a disposición” en Internet del programa, en la noción tradicional de comunicación pública, debemos concluir por el carácter incorporeal de este derecho, que nos referimos a una puesta a disposición que no incluye la fijación permanente del programa en un soporte material, disco duro o CD del usuario, pues en tal caso estaríamos en presencia de una utilización de la obra que materialmente encajaría dentro del supuesto de reproducción. Siendo así, parece que sólo la posibilidad, ofrecida al público, de lectura o visualización en pantalla forma parte del acto de comunicación pública.

En la comunicación pública, el conocimiento de la obra se realiza de modo real y efectivo, pero a través de un elemento o vehículo externo, en este caso, una red digital –por ejemplo, Internet–. El receptor no recibe ningún elemento material, sino que el medio, que podríamos calificar de intangible; a través del cual se realiza la comunicación, queda en manos del propio comunicador –Proveedores de Servicios–. No obstante, es cierto que para una simple visualización del programa es necesaria una reproducción en memoria RAM –que como veremos más adelante constituye una copia en los términos del artículo 41 de la Ley sobre Derecho de Autor–, pero este hecho, no

¹³ En sentido contrario: ESPINEL (Espinel, 1998) considera equivocada la pretensión de excluir las transmisiones en Internet del derecho de distribución. Asimismo, sostiene MASSAGUER FUENTES (Massaguer, 1999), que si la distribución consiste en la puesta en circulación de ejemplares o soportes materiales en los que se integran programas de computación, debe entenderse que es indiferente el medio técnico empleado para la puesta en circulación. A resultas de esto último y en atención a la <solución marco> acogida por el artículo 8 del Tratado sobre Derecho de Autor de la OMPI, no parece dudoso que la puesta a disposición de un ejemplar o copia de un programa de ordenador por medios telemáticos pueda ser considerada, con independencia de los actos de reproducción implícitos en su transmisión, como modalidad de distribución. Por último, RIBAS ALEJANDRO (Ribas, 2008) opina que el acto de enviar una obra a través del correo electrónico a una lista de usuarios es un acto de distribución, que queda por tanto fuera de la esfera privada de la persona a quien hace el envío.

significa que dicha copia sea un ejemplar materializado.

La transmisión del programa de computación como acto de reproducción

El acto de reproducción respecto de la transmisión digital de un programa de computación, puede suceder en tres formas diferentes (Massaguer y Salelles, 1997):

Mediante la introducción del programa en soportes de memoria conectados a la Red y desde los cuales son accesibles al público; mediante el almacenamiento y visualización del programa protegido en el equipo informático del usuario legítimo y, cuando el programa se carga en diferentes dispositivos de memoria para su transmisión hacia otros equipos informáticos.

Ahora bien, el funcionamiento de las redes de computadoras y de los mecanismos de transmisión de información digitalizada, exige el almacenamiento constante de la información. Por lo general, cada transmisión de un programa de computación por Internet involucra sucesivos actos de almacenamiento del programa, en diversos soportes electrónicos, pertenecientes a múltiples personas. Tales circunstancias, han generado en la doctrina y en la legislación, confusión en la denominación de las reproducciones no permanentes aspectos de suma importancia; no sólo en materia de programas de computación, sino también en lo que respecta a las transmisiones digitales de obras intelectuales, transmisiones en las que confluyen una diversidad de procesos técnicos que por la misma naturaleza inmaterial e incorporal de la

obra e incluso del medio, dan lugar a diferentes tipos de reproducciones temporales (copias efímeras, copias caché y copias en memoria RAM), con finalidades completamente diferentes unas de las otras.

Por esta razón, y para la mejor comprensión del derecho de reproducción en el ámbito de las transmisiones digitales de programas de computación, nos vemos en la necesidad de elaborar una clasificación previa de las reproducciones temporales (Garrote, 2001).

Las reproducciones efímeras o técnicas se refieren a las copias que se efectúan en los puntos intermedios de la Internet, en el proceso de transmisión del programa de un punto a otro punto.

Luego, encontramos las reproducciones derivadas del *caching*, que se han llamado copias caché. Dentro de las copias caché, en función del lugar donde se encuentren almacenadas; existen entre otras, las copias caché locales y las copias caché del sistema. Las copias caché locales son reproducciones creadas en el computador del usuario de forma automática por el navegador. Las copias caché del sistema son las reproducciones que los distintos servidores web realizan sistemáticamente; y por lo tanto, se almacenan no en el computador del usuario sino en computadores intermedios de la Red.

Las reproducciones en memoria RAM (*Random Access Memory*), ocurren en el computador del usuario en el proceso de visualización o audición de la obra en pantalla y se borran tan pronto como el programa desaparece de la pantalla o se apaga el computador.

Ahora bien, respecto al derecho exclusivo de reproducción, el problema que se ha planteado, desde el punto de vista del derecho de autor es, si estos actos de reproducción temporales merecen ser tratados en igual condición que los almacenamientos permanentes incluidos dentro del derecho exclusivo de reproducción.

La Ley sobre Derecho de Autor regula el derecho exclusivo de reproducción del titular de los derechos sobre los programas de computación mediante la aplicación de dos normas: a. El artículo 41 que define el derecho de reproducción y fija los requisitos legales exigidos para consumir un acto de reproducción y, b. el artículo 44, que enuncia los límites fijados al derecho de reproducción.

Se entiende por reproducción la fijación material de la obra por cualquier forma o procedimiento que permita hacerla conocer al público u obtener copias de todo o parte de ella (artículo 41 de la Ley sobre Derecho de Autor). En igual sentido, el artículo 14 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

Para ambas normas el significado de la reproducción, se basa en la idea de fijación o incorporación de la obra en un medio o soporte —siendo irrelevante que la fijación se concrete en un ejemplar material¹⁴, con independencia de que esa

fijación sea o no ulteriormente utilizada para obtener copias o ejemplares y con independencia de que se reproduzca todo o parte de la obra.

Por lo tanto, el derecho de reproducción tiene una doble vertiente:

1. La fijación de la obra en un medio que permita su comunicación.
2. La posibilidad de obtención de copias.

Respecto a los programas de computación, se incluye tanto el código fuente como el código objeto, almacenado o fijado en un soporte de cualquier clase (disquete, cinta, CD, CD-ROM, chips, memorias de cualquier tipo), siendo irrelevante que la fijación se concrete en un ejemplar material (Esteve, 1998). Por lo tanto, existe un acto de reproducción de un programa de computación, cuando por medio de él, es posible un uso ulterior del programa y su percepción por medio del computador —y de los sentidos—.

La reproducción se puede realizar mediante cualquier procedimiento, de forma que queda también articulada en el concepto de reproducción, la incorporación del programa de computación a un soporte informático.

Por tanto, los actos de reproducción temporales, respecto a los programas de computación introducidos y transmitidos por la Red, se encuentran amparados por el *ius prohibendi* del titular

¹⁴ Para MARCO MOLINA (Marco, 1995), la nota antes esencial de la reproducción efectiva de la obra ha quedado degradada, puesto que sólo se alude a ella como mera aptitud o cualidad del medio o soporte material al que ha sido trasladada la obra, medio que permite, desde luego, la obtención de copias o ejemplares de aquella, pero asimismo su ulterior comunicación en forma incorporada (sin distribución de ejemplares).

del derecho, cuando éstos cumplan, los requisitos siguientes: Primero, el programa sea fijado en un soporte que permita su comunicación por medio de la Red o por cualquier otro medio, corpóreo o incorpóreo, externo a la Red, y, segundo, la obtención de copias, de todo o parte del programa.

Las reproducciones efímeras (realizadas en los distintos servidores de Internet para la transmisión del programa) no posibilitan el acceder al programa por parte del usuario ni le ofrecen la posibilidad de disfrutarlo. Estas copias son solamente pasos intermedios del proceso técnico de transmisión digital, una vez que se ha autorizado la puesta a disposición del público del programa en la red, la reproducción efímera es un mero acto instrumental respecto del acto de explotación patrimonial principal¹⁵. En mi opinión, las copias efímeras, al no cumplir las condiciones del artículo 41 de la Ley sobre Derecho de Autor ni del artículo 14 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, no pueden ser consideradas actos de reproducción sujetos a la autorización del titular del derecho de reproducción.

En lo que respecta a las copias caché que se producen en el sistema, constituyen actos in-

termedios de reproducción que aceleran y hacen más eficaz el proceso de transmisión de datos en la red. La memoria caché puede ser manipulada por los proveedores de servicios¹⁶, posibilitando de esa forma, la comunicación de la obra y la obtención de ejemplares del programa, por lo cual, en virtud del artículo 41 de la Ley sobre Derecho de Autor y del artículo 14 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, las copias caché del sistema se encontrarían sujetas a la autorización del titular del derecho de reproducción.

Sin embargo, en el ámbito internacional está cada vez más generalizada la idea de eximir de responsabilidad a los Prestadores de Servicios de Intermediación, por la realización de reproducciones durante el proceso de transmisión de las obras; pero aún así, como la Ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica, nada dice sobre el régimen de responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que prestan servicios de intermediación en la Red, cuando éstas realizan copias temporales de los datos como consecuencia de una solicitud de transmisión realizada por un usuario, las copias caché que realiza el sistema por necesidades técnicas caen dentro del derecho exclusivo de repro-

¹⁵ En ese sentido ha señalado Ignacio Garrote (Garrote, 2001) que el objetivo del derecho de autor no es que éste autorice cualquier reproducción, sino sólo aquéllas que tengan una repercusión económica que permita obtener un rendimiento con la explotación de la obra y, tal repercusión no existe en el caso de las reproducciones efímeras o copias técnicas. En el mismo sentido, CORNISH y otros (Cornish, 1980) sostienen que debe adoptarse un concepto funcional de reproducción y excluir las copias efímeras, que no permiten la comunicación y obtención de ejemplares, del derecho de reproducción del titular.

¹⁶ En teoría los Proveedores de Servicios podrían manipular la información contenida en la memoria caché; sin embargo, la transmisión de datos en la red es mayoritariamente manejada por los *routers*, que tratan la información en paquetes. Su función es recibir y enviar paquetes de información, verificar las entradas y las salidas. Los PS eventualmente pudieran reensamblar los paquetes y obtener una copia del programa que están transmitiendo.

ducción del titular¹⁷ y por lo tanto, eventualmente requieren de su autorización.

Respecto a las copias caché creadas en el computador del usuario, de forma automática por el navegador; sin importar cuanto tiempo residen en la memoria, es técnicamente posible acceder al programa, fijarlo en un soporte de memoria y obtener un ejemplar del programa de computación, por lo que tal acto hace posible su explotación y debe quedar incluido en la prohibición del artículo 41 de la Ley sobre Derecho de Autor y del artículo 14 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena.

Respecto a las copias creadas en la memoria RAM del computador del usuario producto de la transmisión digital del programa, que además, permiten su comunicación y, por tanto, la obtención de copias, de todo o parte del programa constituyen actos de reproducción que requieren la autorización del titular del derecho (Garrote, 2001), (Ribas, 2008), (Bercovitz, 1996), (Serrano, 1999) y (Ribera, 2002).

Los límites a los derechos patrimoniales y su adaptación al entorno en línea

Copia lícita para la utilización del programa

La legislación venezolana admite la reproducción de los programas de computación en la memoria interna del computador, a los solos efectos de su utilización personal por el usuario lícito (artículos 44.6 de la Ley sobre el Derecho de Autor y 26 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena), previa autorización del titular de los derechos (artículo 25 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena).

Se excluye la copia para todo aquel que no sea el usuario lícito, en especial, bajo el supuesto de aprovechamiento del programa por varias personas mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos (artículo 26 Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena); por lo tanto, el acto de incluir el programa en un servidor Web o en una Intranet, que evidente-

¹⁷ Por ejemplo, el artículo 15 Ley española de Comercio Electrónico exime de responsabilidad a los prestadores de servicios de intermediación por la realización de reproducciones en la memoria caché del sistema. De esta forma, bajo la denominación de “responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por el usuario” se establece una excepción de responsabilidad de los prestadores de un servicio de intermediación por las reproducciones automáticas, provisionales y temporales de los datos que hagan más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten. Pero para que dichas copias queden fuera del ámbito del derecho de reproducción, es indispensable el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber:

Primera, como ya se dijo, las copias han de ser creadas por el sistema de forma automática, provisional y temporal, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de los datos. Segunda condición, va referida a una serie de conductas establecidas en la norma, que deben observar los prestadores de servicios, para no ser responsables de las reproducciones temporales realizadas durante el proceso de transmisión de datos.

En conclusión, a pesar de que las copias caché del sistema puedan ser tratadas como reproducciones, la Ley especial exime de responsabilidad a los prestadores de servicios por la realización de copias caché en el sistema, previo cumplimiento de una serie de condiciones, lo que significa que la realización de copias caché del sistema por parte del Proveedor de Servicios de intermediación, previo cumplimiento de las condiciones no necesita la autorización del titular del derecho de reproducción, en el ordenamiento jurídico español.

mente constituye un acto de reproducción para la utilización colectiva del programa –y además un acto de puesta a disposición del público–, necesita autorización del titular.

El concepto de usuario lícito no se encuentra claramente definido en la legislación, pero indudablemente debe comprenderse tanto el cesionario, los terceros que tienen accesibilidad al programa por cuenta de los anteriores y, el licenciatarío de uso. Básicamente lo que se requiere para tener la condición de usuario lícito es un título que le otorga licitud al usuario, por cuanto dicho título supone la autorización de los titulares sobre el programa. Uso personal, es aquel que aprovecha únicamente al usuario, no a su familia ni a las personas que usualmente viven con él (Garrote, 2001).

En Internet, la explotación normal de los programas funciona bajo el esquema de contratos de licencias de uso, que en muchos casos están sometidas a regímenes de remuneración que posibilitan a los titulares de derechos la obtención de un rendimiento económico de sus obras. Esto significa que no se admiten las copias digitales que el usuario realiza cuando visualiza o descarga un programa, sin previamente haber celebrado un contrato de licencia que posiblemente lo someta a un esquema de remuneración.

No obstante, la realidad es que, salvo las medidas tecnológicas adecuadas, no existe manera alguna de controlar las reproducciones que los usuarios hacen en los discos duros de sus computadores, CD o DVD, o incluso el aprovechamiento del programa por varias personas mediante la ins-

talación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo. Esto representa un problema en la práctica, que se traduce en la afectación económica de los intereses de los titulares.

Copia de seguridad

Todo usuario lícito está autorizado por el artículo 44.5 de la Ley sobre el Derecho de Autor a la reproducción de una sola copia del programa de computación, exclusivamente con fines de resguardo o seguridad, dejando excluidas cualquier otro tipo de reproducción del programa que puedan causar un perjuicio injustificado a los intereses de los titulares, afectando el derecho de explotación del programa (artículos 39 de la Ley sobre el Derecho de Autor, 13 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena y 9.2 del Convenio de Berna).

Adaptación de un programa para su exclusiva utilización por parte del usuario legítimo

No constituye transformación, la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización (Artículo 27 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena).

Conclusiones

En la legislación venezolana, la transmisión de programas de computación en Internet, involucra el ejercicio de dos importantes derechos de carácter patrimonial: El derecho de comunicación pública bajo la forma de un acto de puesta a disposición del público y el derecho de reproducción, re-

presentado por las copias que se efectúan durante la transmisión del programa, desde el servidor en que se encuentra hasta el computador del usuario que lo solicita.

La puesta a disposición del público del programa en Internet, constituye un acto de comunicación pública, puesto que existe la posibilidad de acceder al programa de una “pluralidad” de personas, y se utiliza Internet como canal de comunicación.

En Venezuela, las únicas reproducciones excluidas del *ius prohibendi* del titular son las reproducciones efímeras o técnicas (necesarias para la transmisión del programa), todas las demás constituyen actos de reproducción que requieren la autorización del titular.

Recomendaciones

Resulta conveniente una reforma del artículo 40 Ley sobre el Derecho de Autor venezolana que incluya expresamente dentro de las actividades que comprenden el derecho de comunicación pública, la puesta a disposición de las obras de forma tal, que cualquier persona pueda acceder a las mismas desde el lugar y en el momento que ellas mismas elijan.

Por cuanto no existe texto legal que establezca el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, se hace necesario elaborar una norma que establezca una excepción de responsabilidad de los prestadores de servicios por la realización de reproducciones temporales y automáticas de cualquier tipo, que

hagan más eficaz la transmisión de los datos a cualquier usuario.

Bibliografía

- Bercovitz, A. (1996). Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas. En M. d. Cultura, *El Derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Madrid: Ministerio de la Cultura.
- Erdozain, C. (1994). *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor*. Pamplona: Aranzadi.
- Espinel, V. (1998). Harmonid on the internet. The wipo performance and phanorams. There aty and united kingom copyright law. EIPR, Vol. 22, issue 10, 27.
- Esteve, A. (1998). La obra multimedia en el Derecho español. *La Ley*, 1736.
- Garrote, I. (2001). *El derecho de autor en Internet*. Granada: Comares.
- Illescas, R. (2001). *Derecho de la contratación electrónica*. Madrid, España: Civitas.
- Marco, J. (1995). *La propiedad intelectual en la legislación española*. Madrid: Marcial Pons.
- Massaguer J. y Salelles J. (1997). El derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas. *Revista General de Derecho*, N° 636, 10947.
- Plaza, J. (2002). *Propiedad intelectual y sociedad de la información*. Navarra: avanzadi. España.

Ribas, J. (2008). *Aspectos jurídicos de las tecnologías de la información*. Recuperado el 01 de febrero de 2008, del sitio Web: www.onnet.es

Ribera, B. (2002). *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*. Madrid: Dykinson.

Rivero, F. (1997). En R. (Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos.

Serrano, E. (1999). La protección de las creaciones intelectuales en los Estados Unidos. *Actualidad Civil*, N^o 9 , 241.