

ALADI



ASOCIACION LATINO-
AMERICANA DE INTEGRACION



ORGANIZACION MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



GOBIERNO DE LA
REPUBLICA ORIENTAL
DEL URUGUAY

FORUM REGIONAL
SOBRE EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGIAS EN EL
DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL PARA LOS PAISES
DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE

organizado por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

con la colaboración
del Gobierno de la República Oriental del Uruguay y de la
Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

y con la asistencia
del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)

Montevideo, 13 a 15 de diciembre de 1989

SOPORTE LOGICO, LA MEJORANA Y EL ROMERO UNA
EXPERIENCIA BRASILEÑA

preparado por Denis B. Barbosa, Abogado, Río
de Janeiro, Brasil

1. Antonio el Judío, escritor de teatro brasileño del Siglo XVIII, escribió una excelente comedia denominada "Las guerras de la mejorana y el romero" en donde las batallas amorosamente condimentadas se libran a la manera de "Las Bodas de Fígaro" de Mozart (o Beaumarchais). Desde hace cuando menos diez años, los aromas en lucha de la mejorana y el romero se dejan sentir fuertemente en Brasil respecto de la protección del soporte lógico de ordenador~ y a pesar de la cortesía reinante en los debates, la materia es lo suficientemente seria como para provocar cierto derramamiento de sangre 1.

2. Desde 1978, el Gobierno brasileño, las universidades, las incipientes industrias de ordenadores locales, los obreros especializados Y los círculos jurídicos han debatido ampliamente qué medidas deberían tomarse para estimular la creación local de soporte lógico de ordenador y la disponibilidad general de los productos extranjeros de soporte lógico. En este período, el establecimiento de una industria de ordenador controlada localmente constituía el principal objetivo del Gobierno, incluidos a los militares Y las clases intelectuales de la nación~ el interés causado por tales debates no puede considerarse exagerado.

3. Literalmente cientos de seminarios, cursos, grupos de trabajo y congresos hicieron conocer el tema a estudiantes secundarios, oficiales de las fuerzas armadas, a los posibles inversionistas Y similares. Muy rápidamente, el tema de la protección jurídica del soporte lógico surgió como uno de los aspectos más importantes del debate.

4. Deberían protegerse las creaciones de soporte lógico? Los universitarios consideraron que el soporte lógico, como los descubrimientos científicos, deben estar al alcance de todos. Si la protección jurídica fuera necesaria, qué sistema debería escogerse? Los funcionarios de la Oficina de Patentes de Brasil apoyaron el argumento de que, en espera de encontrar un método de protección aceptado universalmente, las reglas aplicadas a contratos de transferencia de tecnología podrían extenderse al soporte lógico, el cual por lo tanto gozaría de una protección comparable a la que se otorga a los secretos comerciales o a los conocimientos técnicos. Otra solución propuesta por la Oficina de Patentes fue reglamentar inmediatamente los aspectos de impuestos, intercambio e inversión extranjera del soporte lógico.

5. Otras partes sugirieron la concesión de patentes especiales (se consideró una disposición de la Ley de patentes que denegara protección a los "sistemas" con el fin de impedir la concesión de patentes regulares). Muchos especialistas de ordenadores Y abogados propusieron la utilización de un tipo especial de protección que no es ni por patente ni por derecho de autor sino un nuevo sistema específico que correspondiera a los problemas particulares provocados por las creaciones de soporte lógico. En 1984 se presentó al Congreso un proyecto de ley que establecía un ejemplo de dicha protección sui generis; pero la remisión el año siguiente del proyecto de ley sobre soporte lógico, impidió que fuera adoptado.

6. Por otro lado, la protección por derecho de autor encontró inicialmente más detractores que partidarios. Al identificarlo como el sistema de protección más frecuentemente favorable a los intereses de los fabricantes extranjeros de soporte lógico, en algunos círculos surgió la creencia que otros métodos podrían beneficiar más los intereses nacionales. En tal contexto, se enfatizan mucho las tendencias nacionalistas.

La Ley de soporte lógico de 1987

7. Pero, ¿la protección por derecho de autor debiera extenderse realmente al soporte lógico por motivos exclusivamente técnicos y económicos? Después de la Ley de soporte lógico de diciembre de 1987 (Ley N° 7646) el tema pareció discutirse como si existiera una postura inequívoca a favor de la solución de derecho de autor. Aunque no declara que el sistema de derecho de autor es el que reglamenta la protección de soporte lógico, la Ley se aproxima a ello al decir que salvo disposición en contrario, la Ley de derecho de autor (Ley N° 5998/73) debe aplicarse a las creaciones de soporte lógico.

8. Disposiciones especiales de la Ley tratan de la duración de la protección (25 años, como en la nueva Ley francesa²), de las condiciones de las creaciones extranjeras (la regla es reciprocidad), de los requisitos de la presentación (voluntaria y secreta), de la titularidad de la obra en el contexto de una persona empleada o de trabajo por contrato (el empleador es el único titular, a diferencia de la regla mitad y mitad del derecho de autor común), y de las reglas de utilización leal (algo más estrictas en el caso del soporte lógico).

9. En todos los otros casos, rige el estatuto de derecho de autor común que incluye algunos temas muy importantes como los derechos morales, las regias básicas de concesión de licencias, etc. Por lo tanto, el sistema brasileño puede clasificarse actualmente dentro del modelo de derecho de autor, aunque ligeramente modificado. En este sentido es mucho más fiel al concepto francés original del Siglo XVIII de Droit d'Auteur que la propia nueva norma jurídica francesa para soporte lógico (en vigor desde 1986) ya mencionada.

10. Debe quedar claro que la Ley N° 7646 no es un estatuto de propiedad intelectual pura sangre; muy por el contrario, contiene un grupo más amplio de disposiciones que regulan otros temas relacionados, por ejemplo, la comercialización de soporte lógico en el mercado interno, sometiéndolo a un registro con un organismo federal específico no relacionado con la Oficina de Derecho de Autor, un sistema de acceso controlado de productos de soporte lógico por el que sólo se permiten creaciones extranjeras distintas a las producidas localmente, incentivos fiscales y de otros tipos y reglas que protegen al consumidor y que van contra las prácticas comerciales abusivas.

11. Esta legislación tiene el propósito de proteger los intereses nacionales y de desarrollo relacionados con la creación y la disponibilidad del soporte lógico cuyo ámbito va más allá del tema de la propiedad intelectual, por lo tanto, el equilibrio de las diferentes consideraciones jurídicas en juego se lleva a cabo en una perspectiva mucho más amplia. Aun así, las partes de la Ley N° 7646 que tratan de los aspectos de propiedad intelectual de la producción de soporte lógico de ordenador no resisten los argumentos técnicos y económicos contra la utilización del derecho de autor.

Los problemas continuos de derecho de autor

12. En un artículo publicado en la revista Copyright de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), de junio de 1988, este autor proponía algunos argumentos contra la adopción de una norma de derecho de autor para las creaciones de soporte lógico de ordenador. Varios de estos argumentos pueden ciertamente aplicarse a la actual Ley brasileña:

"(..) el derecho de autor no satisface completamente los intereses legítimos de quien desarrolla soporte lógico en la medida que la protección solo abarca en realidad la copia. La utilización del soporte lógico en los ordenadores es también una preocupación mayor para sus creadores, especialmente en épocas en que se comparten los recursos de equipo y los enlaces de sistemas permitiendo que muchos utilizadores se aprovechen económicamente de una copia de un programa. Además, la utilización de los conceptos básicos de un programa para crear nuevos programas no infringe el principio de que el derecho de autor cubre las expresiones y no las ideas.

Otro tema muy importante es la ingeniería inversa. Nuevamente, la noción de que el derecho de autor cubre la expresión y no las ideas conduce naturalmente a la conclusión que cualquiera puede extraer las ideas de un programa sin infringir ninguna ley. Esta cuestión puede parecer especialmente importante en algunos tipos de soporte lógico, aun considerando que, para algunos autores, es imposible realizar la ingeniería inversa de algo sin copiar, descompilar, desensamblar o hacer funcionar el programa, y por lo tanto sin infringir el derecho de autor relacionado con el soporte lógico.

Desde el punto de vista del interés público, en oposición al interés del creador del soporte lógico, el derecho de autor pareciera ser una forma de protección excesiva e irrazonable, totalmente desequilibrada en favor del titular del derecho de autor (..). Los ejemplos más obvios del trato desequilibrado en la utilización del derecho de autor para proteger el soporte lógico son (..) el tema de los derechos morales.

(...) en virtud del principio de derechos morales en vigor en muchas jurisdicciones de derecho civil, el titular de una obra protegida por derecho de autor puede retirar de la publicación una obra ya vendida u objeto de una licencia, sin tener en cuenta los compromisos anteriores con el comprador o del licenciataria, por ejemplo, en el Artículo 25, V, de la Ley de Derecho de Autor de Brasil no parece adecuado que semejante institución humanística con orientación ética deba utilizarse para aumentar el valor comercial de una hoja de análisis estadístico.

Las insuficiencias de una protección por derecho de autor del soporte lógico no paran ahí: una legislación creada para obras literarias o artísticas no establece otras necesidades legítimas de la comunidad, como por ejemplo, hacer que la tecnología para la que se solicita protección opere efectivamente en el país en beneficio general del público.

Sin los medios para obligar al propietario del soporte lógico a que elabore su producto en el país, por ejemplo bajo pena de revocación o de concesión de una licencia obligatoria, una ley de derecho de autor puede permitir que cualquiera retenga abusivamente tecnología esencial para el desarrollo de un país o incluso la tecnología necesaria por razones médicas, ambientales o por otras razones humanísticas (...)."

13. Sin embargo, el problema principal con el nuevo Estatuto de Brasil, era que la solución de derecho de autor, si bien voluntariamente adoptada en los Estados Unidos de América y en otros países (más por conveniencia y seguridad que por exactitud), era el resultado, en el caso de Brasil, de los

fuertes incentivos de los Estados Unidos de América, respaldados por las amenazas de represalias en virtud del Artículo 301 de la Ley de Comercio de los Estados Unidos de América de 1984³. Los funcionarios de los Estados Unidos de América utilizaron otros incentivos de persuasión comparables en los países del Tercer Mundo, siguiendo una directiva específica del Congreso⁴.

14. Para los Estados Unidos de América el derecho de autor era una alternativa aceptable particularmente porque está listo para ser utilizado y resulta muy práctico: ya estuvo funcionando bien en contextos similares, por ejemplo, para ayudar a levantar una industria cinematográfica. Lo que no se tuvo en cuenta (quizás por razones estratégicas) era que el derecho de autor, como concepto, es singularmente ajeno a varios sistemas jurídicos.

15. Mientras la tradición inglesa (y estadounidense) considera el derecho de autor como un objetivo, o un derecho de propiedad, que consiste en el derecho exclusivo a reproducir una obra, la tradición francesa destaca los aspectos individualistas y personales de la creación: el concepto jurídico revolucionario de 1789 en los países bajo la influencia de la tradición francesa de Droit d'auteur (como en el caso de Brasil), hacen que las normas jurídicas básicas se dirijan a la protección del autor individual o a la personalidad del creador más que a sus propios intereses, sin tener en cuenta los esquemas cada vez más comerciales que prevalecen en el mercado, especialmente para obras colectivas como la cinematografía y el soporte lógico.

16. Como las verdaderas condiciones de la adopción brasileña del derecho de autor ya fueron mencionadas en el artículo del autor en la revista Copyright de la OMPI, de junio de 1988, basta enfatizar que la asimilación de los esquemas de derecho de autor en el entorno del Droit d'auteur no es una tarea fácil. Algunas innovaciones jurídicas en Brasil, desde la promulgación de la Ley de soporte lógico de 1987, han demostrado esta dificultad

El retorno a la naturaleza

17. De ningún modo se deshechó la tradición individualista con la promulgación de la nueva ley de soporte lógico. Más que una simple construcción estatutaria, el individualismo y las normas anticomerciales en cuanto al derecho de autor son conceptos filosóficos arraigados profundamente en la sensibilidad brasileña que si bien no son siempre aparentes al menos están promulgados en la legislación. El hecho de que tal filosofía sea bastante compatible con la tradición de Droit d'auteur parece mostrar que no es específica de la cultura brasileña ni totalmente inocente en su análisis.

18. "Chassez le naturel, il revient au galop" (genio y figura hasta la sepultura). Un reciente proyecto de reforma a la Ley de Derecho de Autor presentado en el Congreso del Brasil en septiembre de 1989, parece justificar el viejo proverbio al decir: menos de dos años después que la Ley de soporte lógico introdujo sus nuevos conceptos en el sistema jurídico brasileño, la propuesta legislativa elimina la propiedad corporativa; también queda excluido el derecho a ceder o a vender a terceros el derecho de autor, que por lo tanto poseerán exclusivamente los particulares.

19. Como la Ley propuesta podría revocar anteriores disposiciones generales de derecho de autor, que incluyen las relacionadas con el soporte lógico, de promulgarse esta ley se producirá extrema incertidumbre si no un caos completo. Debe insistirse en que este proyecto de Ley no es una iniciativa

sin precedentes o aislada en la historia legislativa de Brasil; aunque presentada por un representante de un partido minoritario, sigue casi a la letra, en los puntos principales, un proyecto preparado recientemente por la Junta Federal de Derecho de Autor.

20. Además, la nueva constitución de Brasil, promulgada el 5 de octubre de 1988 también destaca el enfoque individualista al derecho de autor en una serie de disposiciones, a saber:

Artículo 5° XXVII: "pertenece a los autores el derecho exclusivo a utilizar, publicar o reproducir sus obras, derecho que será transferido a sus herederos por el plazo estipulado en la ley;"

Artículo 5° XXVIII: "de acuerdo a la ley, se asegura:

- a) la protección de las participaciones individuales en obras colectivas (•••);
- b) el derecho a verificar la explotación económica de las obras creadas o en las que se tuvo alguna participación, concediéndose dicho derecho a los creadores, a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los correspondientes sindicatos o asociaciones."

21. Por lo tanto, la norma de derecho de autor no parece ser una solución duradera en países como Brasil. Es difícil concebir cómo una economía de mercado sofisticada puede excluir a IBM o a Ashton Tate del derecho a la titularidad del soporte lógico, pero también es difícil creer que pueda anularse en un futuro previsible la tendencia individualista tan profundamente arraigada en la civilización brasileña.

22. En otras palabras, el derecho de autor en Brasil (y probablemente en muchos otros países) no puede considerarse un entorno comercial seguro. Un enfoque mucho más adecuado a la necesidad de proteger el soporte lógico sería la solución sui generis propuesta desde hace muchos años por escritores y abogados especializados. En Brasil, ya se han dado algunos pasos claros en esa dirección.

El amanecer de un nuevo derecho

23. La misma Constitución de 1988, aunque abarca de una manera sin precedente, los derechos y privilegios del creador científico, artístico o literario individual, también ha establecido una situación constitucional específica para las creaciones industriales que favorece la propiedad corporativa y la inversión en un entorno orientado al desarrollo.

24. En seis de las siete Constituciones que ha tenido Brasil hasta la fecha, se ha incluido una disposición específica para asegurar la protección a la propiedad industrial. Las patentes ya fueron mencionadas en 1824, puesto que en 1808 ya se había promulgado un estatuto de patentes y a partir de 1891 se agregaron las marcas y los nombres comerciales. Sin embargo, la Constitución de 1988 es la primera en establecer la protección de las invenciones ~ las creaciones industriales como tipos específicos y diferentes de derechos de propiedad intelectual (Artículo 5 XIX). Pero, ¿qué es una "creación industrial"?

25. Debe decirse que esta disposición se introdujo en el proyecto de Ley constitucional como resultado de un proyecto preparado originalmente por este autor, quien era entonces el Director Jurídico de la Oficina de Patentes. Por lo tanto, los fines originales del nuevo tema constitucional pueden establecerse con certeza aunque la estructura y la práctica de los tribunales pueden con el tiempo disentir con respecto a ellos.

26. La expresión "creaciones industriales", o más precisamente creaciones industriales abstractas fue creada por el Profesor Andre Lucas en un destacado libro⁵ de 1975 sobre las nuevas y valiosas soluciones técnicas que el sistema de patentes tradicional no podía proteger adecuadamente. Un aspecto común de dichas creaciones (el soporte lógico de ordenador es el ejemplo más evidente) es que difieren marcadamente de la invención industrial clásica en la medida que no llevan a transformar o reducir un objeto en otro estado de cosa, prueba esencial de patentabilidad comúnmente descrita como "utilidad industrial"⁶. Como es bien sabido, el soporte lógico es el resultado de una tecnología informativa cuyos logros no requieren transformación física de ningún tipo.

27. El aspecto más importante del hallazgo del Profesor Luca es que existen actualmente tecnologías esenciales que merecen protección jurídica pero que hasta ahora han estado excluidas de la patentabilidad puesto que no son "invenciones". Así, las "creaciones industriales" podrían definirse como las nuevas soluciones a problemas técnicos, distintas de las invenciones; bajo tal concepto aún las pequeñas mejoras que resultan de la experiencia del taller podrían gozar de algún tipo de estatuto jurídico. Algunas de ellas son "abstractas", en el sentido determinado por el Profesor Lucas, pero otras pueden no serlo.

28. Al aceptar otras creaciones industriales (incluyendo las creaciones abstractas del Profesor Lucas) además de las invenciones como elementos susceptibles protección, la Constitución de 1988 amplió el ámbito de la propiedad industrial o, más precisamente, la autorización constitucional en virtud de la cual la legislación secundaria podría establecer los derechos de propiedad industrial.

29. Como cualquier expansión excesiva de la protección otorgada a la tecnología puede perjudicar, más que estimular el progreso de la industria, la nueva Constitución supedita la promulgación de cualquier derecho de creación industrial al cumplimiento de algunos requisitos. Por lo tanto, la ley que protege las creaciones abstractas u otras creaciones industriales debe tomar en consideración los intereses sociales del país y además, contribuir a-l---desarrollo tecnológico y económico de Brasil. Dichos requisitos son exactamente aquellos impuestos sobre la explotación de los derechos de propiedad industrial en Brasil en virtud del Artículo 2 de la Ley 5648/70; ya se les concedió un estatuto constitucional para que prevalezcan sobre el propio proceso legislativo ordinario.

30. Por lo tanto, en virtud del presente contexto constitucional, el trato de los derechos de creación industrial y de derecho de autor son sustancialmente diferentes. Los aspectos individualistas y anticomerciales presentes en las disposiciones de derecho de autor no son evidentes en el caso del nuevo derecho de propiedad industrial introducido; por otro lado, las creaciones industriales sólo deben ser concedidas en interés de la sociedad y desarrollo brasileños, mientras se reconoce el derecho de autor sin importar los fines e intereses nacionales, ya sea de desarrollo u otros.

Una Propuesta para el futuro

31. Excepto algunos casos extremos donde la demanda de protección va clara e inequívocamente contra los intereses generales de Brasil, la historia brasileña y su tradición jurídica conducen a creer que el nuevo derecho constitucional apoyará, a su debido tiempo, e incluso estimulará la promulgación de nuevos estatutos, asegurando la protección para las microplaquetas semiconductoras, bioplaquetas o cualquier nuevo objeto de tecnología, especialmente cuando no se los considere invenciones.

32. Incluso podría argumentarse que debido a sus características muy especiales, la protección del soporte lógico de ordenador pudiera ya figurar como la primera de las "creaciones industriales" en recibir protección jurídica en Brasil. A la luz de la próxima constitución, las insuficientes pero significativas disposiciones de la Ley N° 7646 pueden tomarse como un indicio de que aunque las disposiciones generales de la Ley N° 5998 de derecho de autor son aplicables, actualmente la protección del soporte lógico en Brasil está por un sistema sui generis y no por el derecho de autor. El efecto práctico de tal supuesto sería proteger el soporte lógico contra las tendencias excesivamente individualistas y anticomerciales, y a la vez que se legitimizan los controles comunitarios sobre los abusos y la utilización incorrecta del derecho.

Conclusión

33. Dichas notas sobre los nuevos cambios jurídicos y constitucionales y las tendencias en Brasil no sólo tienen el propósito de informar sobre los contratiempos propios de la historia jurídica del país. parecería que el resultado más valioso de toda esta experiencia fuera un consejo: si la internacionalización de los conceptos jurídicos sustantivos fuera una característica inevitable de los tiempos actuales, debiera prestarse atención especial a la traducción de dichos conceptos en los correspondientes sistemas jurídicos nacionales o regionales y obviamente la validez de este consejo no se limita al caso de Brasil.

34. Lo que se ha hecho en Brasil, como resultado de estímulos externos, fue claramente una adaptación imperfecta, al sistema nacional, de un mecanismo concebido en otro contexto. Incluso para un observador imparcial la legislación en vigor es un intento frío por proteger el soporte lógico, especialmente si se la compara con la nueva ley francesa de 1985 que, trabajando en medios similares, realizó con muy pocas disposiciones un entorno específico y global del soporte lógico.

35. Pero (se podría preguntar) ¿por qué el legislador francés estuvo más dispuesto a cambiar su legislación nacional de Droit d'Auteur, aun radicalmente, para acoger la protección del soporte lógico? ¿Por qué los guardianes de una tradición bicentenaria, personal e individualista podrían aceptar la propiedad corporativa normal (o más precisamente, la del empleador), o la eliminación virtual de los derechos morales como lo hicieron en la nueva ley?

36. La respuesta parece que se debe a la situación económica y tecnológica más equilibrada de Francia, en comparación con la de Brasil. La solución sui generis de derecho de autor se adecuaba posiblemente a los propios intereses económicos y estratégicos de Francia, considerando la posición del país en su

conjunto dentro del mundo desarrollado más que la situación de la propia industria de ordenadores francesa. El programador de ordenadores francés no será privado de sus derechos esenciales como resultado de la eliminación de las disposiciones de derechos morales; su colega brasileño puede tener buenas razones para temer un derrumbe del mercado laboral.

37. En Brasil, la adopción de un tipo de protección exclusiva para el soporte lógico no se realizó en un contexto seguro de sí mismo; aquí, los viejos ideales franceses revolucionarios, personales e individualistas son objetivos políticos y no simplemente históricos; en este caso surge la posibilidad de un verdadero conflicto de intereses. Como se mencionó anteriormente, muchas lágrimas y sudores corrieron a la par de la mejorana y el romero, aun cuando realmente no se haya derramado sangre a causa de las discusiones y del terna, y que la ley resultante refleja que todavía no se han superado las dudas.

38. Pero, como aconsejó Antonio el Judío en el último acto de su obra;

"Para terminar esas guerras de la mejorana y el romero, las partes deberán hacer las paces y nunca volver a discutir el terna, bajo pena que todo se convierta en un minué o llegue a los oídos de algún poeta, que es peor aún que caer en las habladurías del mundo ••• "

[Siguen las notas]

NOTAS

- 1 A propósito, Antonio el Judío fue quemado brutalmente en la hoguera por la Inquisición de Portugal
- 2 Ley No. 85-680 de 3 de julio de 1985, Boletín Oficial de la República Francesa de 4 de julio de 1985, página 7595
- 3 Publ. No. 98-573, tit. 111, ^x 304(a)-(c), (f), 98 Stat. 3002, 3003, 3005 (1984)
- 4 El discurso del Sr. Keplinger en el Instituto de soporte lógico de ordenadores fue patrocinado por el Practising Lawyer Institute, en el hotel Waldorf-Astoria, en Nueva York, el 26 de septiembre de 1986
- 5 La Protection des Creations Industrielles, resúmenes, Andre Lucas, Biblioteca técnica, 1975
- 6 En los Estados Unidos de América esta noción fue establecida por Cochrane y Deenes, 94 US 780

[Fin del documento]