

PRIMERA SENTENCIA PENAL SOBRE PIRATERIA DE SOFTWARE* ANALIZADA A LA LUZ DE LA INFORMÁTICA JURÍDICA

por

Héctor Miguel Delpiano Ascencio

Juzgado Letrado de Primera Instancia
en lo Penal de 6° Turno

Montevideo, 23 de marzo de 1993

I) Atento a lo que resulta de autos H.D.G.M. (oriental, casado, de 35 años, domiciliado en Arenal Grande 2682/2 será procesado por la imputación del delito edición, venta y/o reproducción ilícita de obras literarias (art. 46 ley 9.739 del 17/12/37 en la redacción dada por el art. 23 de la ley 15.913).

II) a) Con fecha 3/6/92 se presentó el Sr. E.D.F. en representación de A.T., M.C., L.D. y X.C. de E.A., indicando que sus mandantes son sociedades creadas bajo las leyes de EE.UU. y sus objetos sociales lo constituyen la producción y comercialización de programas de computación siendo titulares de los derechos de autor de numerosas obras de Software, entre los que se encuentran "DBASE III, IV, "Rapid File" (A. Tate), "Lotus 123" Lotus Z08 (Lotus development), Word, Sistema Operativo DOS (Microsoft) Xtree Gold.

Denuncia la firma L.C. (B.C.) sita en Av. Brasil XX por estar atentando contra los derechos de propiedad intelectual mediante la reproducción ilícita y/o utilización ilegítima de distintas expresiones de software (programas de computación, manuales y documentación técnica) que ahí se realizan. Se solicita una inspección ocular a tal fin, la que se lleva a cabo a fs. 29.

b) Realizada la investigación presumarial pertinente emerge: Que H.G. es propietario de la firma L.C. la cual se dedica a brindar cursos de computación, venta de computadoras y accesorios e insumos de computación. El referido local funciona de las 18 hs. a las 03 hs. de la madrugada, encontrándose al frente del mismo el indagado y en oportunidades su primera alumna y asistente en la docencia G.E.; academia con nueve alumnos en total.

Practicada la medida solicitada por el denunciante se pudo constatar según informe producido en autos (fs. 38) por el perito J.L.P. que:

(*) Con posterioridad a haberse escrito este artículo, el 20 de noviembre de 1997 el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 15° Turno (redistribuido del similar de 6° Turno), a cargo del Dr. Gerardo Peduzzi, dictó, en los mismos autos, Sentencia de 1ª instancia condenatoria por un "delito continuado de reproducción ilícita de una obra literaria", la que, en momentos de incorporarse esta nota (abril de 1998), está siendo objeto de recurso de apelación por el condenado. La Sentencia de 1ª instancia será analizada oportunamente una vez resuelto el recurso y en conjunto con la de 2ª instancia, si introdujeran elementos innovadores respecto a los contenidos en el presente trabajo.

— La mayoría del software se encuentra instalado en diskettes no originales, por lo que fue copiado o reproducido de otro soporte magnético, ignorándose si posee licencias respectivas.

— Su variedad que van desde programas muy sencillos a otros muy sofisticados y de elevado valor en algunos casos superiores a U\$S 1.000 (caso Aldus Page Maker, DBase IV) determina que es imposible que la empresa utilizara los mismos en el tipo de equipos que ella posee.

— Sin perjuicio de lo expuesto también se hallaron repeticiones no originales de copias en diskettes como el programa Wordstar versión 3.4 del cual se hallaron cuatro juegos, Lotus 123 versión 2.2 dos juegos, Microsoft Word dos juegos, etc.

— Concluye que detectaron diversos procesadores de texto: —Wordstar 3.4., Works, Word, Ami Pro y Word Perfect que no explica cómo una empresa de dimensión de la inspeccionada pudiera trabajar con cinco procesadores de texto tan disímiles.

— Se le intimó la presentación de la documentación a la Sede en el plazo de 48 horas, de las facturas de compra y licencias de utilización del software, lo que no fue cumplido (fs. 30). Se reiteró la intimación (fs. 55 y ss.) agregando dos fotocopias de pretendidas licencias que corresponden a un fabricante S., que no se corresponde con las marcas K. y M., no surgiendo que M. haya dado licencia a los fabricantes de dichas máquinas.

c) El hecho ilícito que prima facie se reputa probado surge de los elementos de convicción suficientes que analizados con agudeza por el ilustrado. Representante del Ministerio Público actuante Dr. Eduardo Fernández Dovat a fs. 79 y ss. se solicita el enjuiciamiento de G. y que a continuación se reproducen:

1º) G.M. es una persona cuyo negocio habitual es el manejo de software, lo cual surge de la inspección judicial practicada, del informe pericial, de los avisos de prensa agregados y de las propias declaraciones del mismo y su secretaria. De ello se desprende su conocimiento sobre el tema software de lo cual emerge a su vez que cuando viola las normas que regulan la materia lo hace conscientemente.

2º) La actividad comercial desplegada por el Sr. G.M. radica en la venta de programas de ordenador con gran almacenamiento de obras, máquinas, insumos (diskettes vírgenes, etc.) resultando que la pretendida “academia” con solamente nueve alumnos y sin prácticamente profesores, enseñando tan solo dactilografía (declaración de la Secretaria), se torna inconsistente y puesta como pantalla a fin de intentar disimular la violación del derecho de autor.

3º) El Sr. G.M. confiesa que compra y vende a bajo costo. Este elemento es típico en el área de las ilicitudes al derecho de autor, apareciendo de la mano con casi todas las infracciones.

4º) Al no adjuntar las correspondientes licencias de uso queda demostrado que el denunciado era quien realizaba las reproducciones (o las hacía efectuar), más aun por la presencia de diskettes vírgenes hallados en la inspección, que precisamente son en su mayoría de la misma marca (N) que los que contenían las obras de software de los denunciados, tal cual lo señalará el Sr. Perito y los representantes de O.R.T. y de la Escuela de Informática.

Coadyuva lo expuesto, que el denunciado, al referirse al Sr. A. luego de decir que le proporcionó una copia de DBase IV (fs. 56 vta.) y que lo conoce, más adelante señala que “no

lo conozco personalmente, no lo he vuelto a ver” (fs. 57), lo cual demuestra que la referida realiza las reproducciones de los programas que tiene en su comercio.

5°) Las reproducciones se observan claramente en los programas hallados en los diskettes incautados, de acuerdo a lo que el propio perito informa, así como por lo señalado en las declaraciones de los Sres. F. e H., al exhibírseles dicho material.

6°) En relación a las pretendidas licencias agregadas por el denunciado, con respecto a los sistemas operativos DOS debe observarse que:

(1) De la inspección ocular surge que en las máquinas inspeccionadas se hallaron tres DOS 5.0 y un DOS 4.01.

(2) Los referidos PC (computadoras) corresponden a las marcas K (3) y M. (1) por lo que las licencias de uso operativo DOS —ya fuere la 4.01 o 5.0— que vienen incorporadas a las máquinas por el fabricante, deben necesariamente tener la autorización de M. (Titular del DOS) para tal caso el uso en las mismas. De no venir el sistema incorporado a la máquina o equipo (PC) debe adquirirse al licenciatarario autorizado para el territorio nacional;

(3) No obstante ello, el denunciado acompaña fotocopias de pretendidas licencias que responden al fabricante denominado “S.”, que obviamente no corresponde a las marcas K. y M., no surgiendo por tanto probado que M. haya dado licencia de fabricante de dichas máquinas. De la referida documentación no surge asimismo, el tipo de versión, la existencia de manuales, y más aún, que haya sido otorgada en el Uruguay. Por otra parte, la factura de compra de programas no implica licencia, por lo ya visto.

7°) La gran variedad de programas detectados en el comercio de autos tienen como común denominador la ausencia de licencias de uso, bien sea de sus titulares, con alcance para el Uruguay, bien sea del licenciatarario autorizado en el país. Ello demuestra la intención de no respetar el derecho de autor, lo que se ve confirmado por los anuncios que realiza en la prensa de que no se necesitan originales para la enseñanza, lo que es una verdadera incitación a no cumplir normas jurídicas obligatorias.

III) En cuanto al derecho aplicable, los programas de computación son bienes inmateriales y obra de la mente humana, lo que obliga a regularlos por las normas relativas a la propiedad intelectual. Se aplican institutos del derecho de autor y se encuadran en el marco de la legislación vigente en el país en materia de propiedad literaria y artística que incluye genéricamente a “toda producción del dominio de la inteligencia” (art. 5 Ley 9.739 del 17-12-37, Decreto Reglamentario del 21-4-38 y 154-89 y Convenio de Berna ratificado por Decreto-ley N° 14.910 art. 2 p. 1 y art. 23 Ley 15.913 (Cfe. Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo).

— Si una empresa del exterior titular de un programa autoriza a una firma comercial a copiarlo a cambio de un precio encuadra en las disposiciones de la Ley 9.739.

— La utilización de un programa requiere autorización de su titular otorgada en licencia de uso expedida por el productor, entrega de manuales que completan dicha documentación, especifica el usuario y el tipo de programa así como la factura correspondiente.

En el subjuice las empresas representadas por el denunciante tiene el monopolio de la explotación de los programas de ordenador mediante el derecho exclusivo de reproducción de

los mismos (art. 2, 41, 46 Ley 9.739 y art. 9 del Convenio de Berna. Decreto-ley N° 14.910) como lo señala la Fiscalía actuante (fs. 80 vta.), esta autorización a "licencia de uso" la expide para el territorio nacional el productor (c) M.C.) por intermedio de licenciatura autorizada (c) N.S.A.).

— El argumento básico manejado por el indagado (contrariamente a lo sostenido por los representantes de prestigiosas academias E. de I, y ORT D.F. (fs. 65) y E.H. (fs. 67) respecto a que no es necesario licencia legal (autorización previa por escrito del titular del derecho) en nuestro país, ni originales para la enseñanza no tiene asidero legal en nuestro orden jurídico.

Existen casos especiales de reproducción ilícita (art. 44 lit. b Ley 9.739) en área diferente para otro tipo de obras (teatrales, poéticas, musicales o cinematográficas) que nada tienen que ver con los programas de ordenador y a los que no se puede asimilar en vía analógica como pretende G.M. ya que atento al bien jurídico que se pretende tutelar estas excepciones son de interpretación restringida en materia autoral.

IV) La prisión preventiva se impone en razón de que faltan cumplir medidas instructivas, el quehacer delictual y el modus operandi del agente (véase fs. 29, 30, 44 y 45 vto.) indicativo de menosprecio hacia la justicia.

Atento a lo expuesto, de conformidad Fiscal y lo dispuesto en los arts. 15 y 16 de la Constitución, 118 y concordantes del C.P.P., Ley 9.739, art. 46 (del 17/12/37, art. 23 del Decreto-ley N° 15.913 del 27/11/87).

Resuelvo:

Decretar el procesamiento y prisión de H.D.G.M. por la imputación del delito de edición, venta y/o reproducción ilícita de obras literarias.

- 1) Comuníquese a los efectos de la calificación de su prontuario.
- 2) Póngase constancia de estilo de hallarse el encausado a disposición de esta Sede.
- 3) Téngase por ratificadas e incorporadas al sumario las actuaciones presumariales con noticia del Ministerio Público y del Defensor designado Doctor M.G.
- 4) Solicítese al I.T.F. planilla de antecedentes e informes complementarios que correspondan.
- 5) Proponga la defensa testigos de conducta en el término de 10 días hábiles.
- 6) Cítese a audiencia al propietario de E.S.A. y D.S.S.A. cometiéndose el señalamiento.
- 7) Efectúese pericia psiquiátrica al encausado por el I.T.F.

COMENTARIO

1. INTRODUCCION

1.1. Generalidades

La reproducción ilícita de software, conocida normalmente bajo el nombre de "piratería" constituye, seguramente, el principal flagelo contra los derechos de autor y puede llegar a constituir un desincentivo para la producción de soporte lógico con el consiguiente retraso en la evolución tecnológica que ello eventualmente podría acarrear.

Pese a todos los impulsos vocacionales de quienes se dedican a la informática, en un mundo donde la retribución económica del trabajo, sea éste físico o intelectual, más que un interés pasa a ser una necesidad, resulta natural que los productores de software y todas las demás personas que se encuentran involucradas en la cadena que va desde ellos hasta los consumidores, redirigirán tarde o temprano, en mayor o menor número sus actividades distra- yendo esfuerzos de ésta área de la evolución tecnológica que tantos beneficios aporta a la humanidad en todos los órdenes de actividad.

La obligación de quienes tienen a su cargo la protección de los derechos de los autores de obras intelectuales —sean éstas fonogramas, videogramas, literatura en general, pictogramas, software, etc., etc.— adquiere relevancia fundamental en la actual y acertadamente llamada “sociedad de la información”, donde los productos del intelecto juegan cada vez un rol más importante, y se convierten en la materia prima y el producto final de mucho de aquello que hoy consumimos y que opera en nuestro beneficio y tiende a otorgarnos una mayor calidad de vida.

1.2. Alcance del término “software”

Como elemento previo de consideración, y a los efectos de lograr una cabal comprensión de aquello sobre lo que vamos a referirnos, hemos considerado pertinente dar un breve concepto, más bien descriptivo, de lo que debe entenderse por “software”, también denominado “soporte lógico”.

Se trata de un término inglés que alude a los elementos intangibles de la informática, en contraposición a los tangibles (“hardware” o “soporte físico”), tales como pueden ser éstos últimos la computadora globalmente considerada integrada por todas sus partes visibles exterior e interiormente, los periféricos (impresora, teclado, monitor, escáner, mouse, parlantes, micrófono, disquetes, disco duro, unidad de CDROM, etc.).

Es así que el software se encuentra integrado por los programas de computadora, manuales de uso, guías del usuario, documentación técnica y explicativa del diseño y la programación, en lo básico.

Luego de esta explicación podremos abordar más comprensiblemente el tema en tanto que, como veremos, el software ha sido el objeto del ilícito juzgado.

1.3. Concepto de licencia

También es menester ponernos en conocimiento de lo que implica el término “licencia” referido al software.

El software, pese a un concepto vulgar y de manejo habitual, no se compra, sino que lo que se hace es obtener una licencia de uso sobre el mismo, y lo que se nos entrega al momento de “adquirirlo”, es una copia (evidentemente autorizada por el productor) acompañada de un permiso (licencia) para usarlo sujeto a determinadas condiciones en cuanto a la forma de utilizarlo, cantidad de equipos donde instalarlo, tiempo por el cual podrá ser utilizado, entre otras.

El titular de los derechos de autor seguirá siendo su productor, o aquella persona a la cual se le hubieren transferido.

Los aspectos acerca de la titularidad de los derechos de autor, que constituyen de por sí un gran tema, no serán objeto de estudio en el presente trabajo por exceder sus fines, por lo cual nos remitimos a la bibliografía existente sobre el mismo.

2. CIRCUNSTANCIAS DE HECHO DETERMINANTES DE LA SENTENCIA

Manteniendo el criterio de la fuente de la que hemos accedido al texto de la sentencia que analizaremos, nos referiremos a los nombres que aluden a las personas directamente involucradas en el hecho delictivo que le dio lugar, referenciándolos solamente por sus iniciales ⁽¹⁾.

Los representantes de varias empresas estadounidenses productoras de software que se comercializa en nuestro país, detectaron que —el que a la postre resultaría ser el procesado Sr. H.G. en su empresa L.C.— comercializaba y utilizaba copias no autorizadas y por ende ilegales de los productos de estas empresas, tales como programas de computación, manuales y documentación técnica, lo cual fue constatado mediante la realización de inspección judicial.

El procesado habitualmente utilizaba en provecho propio software ilegal, así como también reproducía el mismo para terceros a quienes les vendía dichas copias, sin la ostentación de licencias de uso o que le permitieran la reproducción para licenciar dichas copias.

3. DELITO TIPIFICADO: “PIRATERÍA DE SOFTWARE”

Formalmente, el delito que se tipificó al Sr. H.G. fue el de “*edición, venta y/o reproducción ilícita de obras literarias*” ⁽²⁾.

Seguramente hubiera resultado más exacto decir obras del “dominio intelectual” en lugar de “literarias”, puesto que la alusión a este último término usado en el fallo de la sentencia puede llamar a confusiones, en virtud de no tratarse típicamente de obras de esa naturaleza las que fueron objeto del delito, sino que se trataba de software que ingresan en el concepto general de obras intelectuales, pero no en el más específico de obras literarias, que alude a un rubro concreto de la actividad creativa intelectual diferente del que corresponde a la creación de soporte lógico.

El delito imputado es conocido normalmente bajo la denominación de “*piratería*” (como ya primariamente lo señalamos en supra 1.1.) y más específicamente “*piratería de software*”.

Y por piratería debe entenderse en las esferas de los derechos de autor y de los derechos conexos (que son los derechos de los artistas, los cantantes, radiodifusoras, etc.) la reproducción de obras por cualquier medio adecuado, con miras a la transmisión (o distribución al público) ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Delpiazzo, Carlos E. Derecho Informático Uruguayo. Ediciones Idea S.R.L., Montevideo, 1995, p. 205 a 208.

⁽²⁾ Sentencia dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 6° Turno, el 23 de marzo de 1993.

⁽³⁾ Delpiazzo, Carlos E. “Teoría y Práctica de la Lucha contra la Piratería del Software”. En: Protección Jurídica del Software. Ed. F.C.U., Montevideo 1992, p. 10.

Se trata éste de un concepto restringido de piratería, puesto que la misma comprende mayores aspectos. Por lo que, un concepto amplio del término debe comprender también, como bien lo indica el Dr. Delpiazzo, “la copia no autorizada para uso propio —sea a nivel público o a nivel privado— y la apropiación de software de una empresa por un empleado o grupo de empleados que la sustraen, con o sin extinción de la relación laboral”⁽⁴⁾.

3.1. Circunstancias que llevaron a la tipificación

La reproducción indiscriminada de software, la venta de copias reproducidas sin autorización, la tenencia y utilización de software sin contar con las respectivas licencias de uso, pese a la intimación de su presentación con la oportunidad procesal para hacerlo, fueron algunos de los elementos que dieron lugar a que se procesara al imputado por el delito ya referido supra.

Así también coadyuvaron determinadas circunstancias de hecho relacionadas en la sentencia que sirvieron para que se lograra formalizar en el Juez la convicción del delito. Tales son por ejemplo el hecho de que el local aparentaba ser una academia y que ésta no contaba casi con alumnos, que la misma se dedicaba a enseñar dactilografía y sin embargo tenía muchos programas de computador en su haber (instalados además en diskettes no originales), los que excedían las capacidades de los equipos allí instalados, así como tampoco se correspondían la cantidad de tipos diferentes de un mismo programa (diversas versiones o marcas de procesadores de texto por ejemplo) con la cantidad de computadoras que había en el lugar, el horario de funcionamiento de la presunta academia que iba de 18.00 a 03.00 y hasta la venta de computadoras y accesorios en lo que sería un local de enseñanza.

El bajo precio de venta de las copias fue otro elemento que sirvió al Juez como fuerte presunción en favor de determinar la existencia del delito, como él mismo lo indicó en la sentencia, por ser éste un elemento típico de los casos de ilicitud en materia de software.

3.2. Modalidades de piratería cometidas

La piratería puede cometerse básicamente bajo tres modalidades, a saber comercial, laboral y privada.

No efectuaremos aquí un análisis profundo de las distintas modalidades de piratería, en tanto que ello excedería la finalidad del trabajo.

Solamente indicaremos, en forma muy apriorística, que existe piratería comercial cuando la reproducción no autorizada del software se realiza con la intención de distribuir las copias contra la prestación de un pago. En estos casos prima el beneficio económico directo, proveniente de la distribución.

La piratería laboral se caracteriza por provenir de la reproducción (copia servil, excesiva inspiración en el software en el que se trabaja en virtud de la relación laboral, etc.), o la utilización de recursos del empleador (uso de los conocimientos allí adquiridos para competir, utilización de equipos o de tiempo de máquina, etc.).

⁽⁴⁾ Delpiazzo, Carlos E. “Teoría y Práctica...”, obra citada, p. 10.

Y la piratería privada es aquella que comprende básicamente la reproducción de software con la finalidad del uso propio, sin pagar por la obtención de las respectivas licencias, normalmente dada en el ámbito doméstico.

En lo que respecta al caso en estudio, prima la piratería en su modalidad comercial, sin perjuicio de que pudiera determinarse que también, aunque en mucho menor grado, se cometió ilícito bajo la modalidad de piratería privada.

Esto se determina, en el primer caso, conforme a la finalidad perseguida por el sujeto actor del delito, en tanto que la reproducción del software por él realizada era tendiente a su comercialización, es decir la obtención de un lucro mediante la distribución de las copias ilícitas.

En el segundo caso, se habría producido la misma (piratería privada) si algún software de los encontrados en el local del procesado, se estuviera utilizando exclusivamente para uso personal. Pero, apenas esa utilización se tornara en la base para obtener con ella un beneficio económico, inmediatamente se convertiría también en piratería comercial.

3.3. Elementos de la comisión del delito

3.3.1. Entorno de presunciones

Ya hablamos de algunos de los elementos que hicieron presumir la comisión del delito en supra 3.1. al referirnos a las circunstancias que llevaron a su tipificación. Pero completaremos aquí el elenco de presunciones.

También resultaron determinantes en el procesamiento varias circunstancias, en tanto hicieron presumir al Juez la comisión del delito tipificado, o mejor dicho, se conjugaron con los elementos demostrativos de la existencia del mismo para crear una fuerte convicción del delito.

Tales son la falsificación de licencias (material o ideológicamente) que el imputado cometió para protegerse de la imputación. O sus amplios conocimientos en materia de software, lo que naturalmente hizo presumir que el procesado sabía lo que hacía cuando lo hacía, es decir revelaba ello que cometía los ilícitos con plena conciencia.

Otro elemento muy importante lo constituyó la circunstancia de haber publicado, el procesado, varios anuncios en los periódicos en los que se indicaba que no se necesitan originales para la enseñanza, lo que, además de ser totalmente falso, ya que no existe en nuestro derecho norma alguna que habilite esa situación en desmedro de los derechos de autor en materia de software, constituyó una verdadera incitación a no cumplir las normas jurídicas.

3.3.2. Sistemas utilizados para cometer el ilícito

Los sistemas utilizados para cometer el ilícito, o como lo denomina el Dr. Delpiazzo⁽⁵⁾ los tipos de piratería cometidos, han sido, como medio, la copia servil y como fin la venta de las copias ilícitas y el uso propio de software no licenciado.

⁽⁵⁾ Delpiazzo, Carlos E. "La Piratería de Software en Uruguay. Perspectiva Jurídica." En separata editada por la Cámara Uruguaya de Software bajo ese título, p. 19.

El primero de ello, es decir, la copia servil, utilizada como medio para lograr el fin de lucro perseguido por la que ya se ha definido como piratería comercial, lo constituye la actividad simple y directa de copiar un programa de diskette a diskette, sin realizar ninguna otra actividad, mucho menos intelectual. Se trata de un procedimiento totalmente mecánico.

A decir de Delpiazzo⁽⁶⁾, “configura la hipótesis más clara de ‘reproducción ilícita’, expresión que nuestra doctrina y jurisprudencia ha interpretado tradicionalmente con amplitud”.

Y el fin de la piratería comercial tipificada, se lograba mediante los otros dos tipos, la venta de las copias, que implica como el término naturalmente lo representa, el cambio del objeto ilícitamente logrado por un pago, normalmente en dinero; y el segundo tipo, el uso propio, dado por el lucro que se obtiene al trabajar y obtener beneficios económicos producto de ese trabajo con un software pirateado.

3.3.3. Elementos demostrativos del ilícito

El principal elemento que revela la ilicitud de la actividad desarrollada por el imputado, lo constituye la ausencia de las licencias del software encontrado en su local.

Si bien el solo hecho de poseer software no licenciado implica un ilícito de suyo, y aunque se poseyeran las licencias respectivas, la copia no autorizada por esas licencias o las normas generales de derecho aplicables en la materia, también configuran situaciones de piratería.

En el caso en estudio, se han conjugado las dos circunstancias, la de no poseer licencias y la de reproducir desautorizadamente el software no licenciado.

4. OTROS CONCEPTOS MANEJADOS EN LA SENTENCIA

En la sentencia se manejan algunos conceptos que brindan interés para su análisis. Tales como el de software de base, sujetos otorgantes de licencias para ese tipo de software y las diferencias entre la facturación del software y su licencia.

4.1. Software de Base

4.1.1. Concepto de software de Base

Concedemos un párrafo aparte a este tipo de software en consideración a que la sentencia se refiere específicamente a él.

Sin embargo, además del análisis que su mención amerita, nos vemos en la obligación de hacer una breve referencia a los dos tipos de software que existen atendiendo a esta clasificación, tales como son el ya mencionado software de base y el software aplicativo, lo cual ayudará a comprender el alcance de lo indicado en la sentencia.

Software de base es aquel que permite a la computadora operar, el cual le indica determinadas actividades básicas de funcionamiento, control de periféricos, manejo de archivos y comandos. En este tipo encontramos a los sistemas operativos (entre los más conocidos el DOS y el UNIX).

⁽⁶⁾ Delpiazzo, Carlos E. “La Piratería de Software en Uruguay...”, Separata citada, p. 19.

Este tipo de software generalmente viene incluido en los equipos, puesto que sin él no funcionarían, pero también se vende por separado.

Mientras que el software aplicativo es aquel que brinda utilidades al usuario permitiéndole hacer uso de la computadora para tareas de todo orden, tales como el procesamiento de textos, contabilidad, manejo de información a través de bases de datos, entretenimiento mediante juegos, comunicaciones, acceso a Internet, etc.

En la sentencia en análisis —en el capítulo II numeral 6° apartado (2)— se refiere al software de base tanto al incorporado en los equipos como al licenciado independientemente de la máquina para su instalación posteriormente en la misma, por lo que los puntos siguientes tratarán específicamente sobre ellos.

4.1.2. *Licencias en el Software de Base*

Las licencias de uso sobre software de base pueden ser otorgadas, según la modalidad de venta, por el productor del software:

a) al fabricante de equipos, si es que éste va a entregar a los proveedores las máquinas con el sistema operativo incorporado, para que de esa manera las pongan en venta al público; o

b) a los proveedores para que éstos instalen el software en los equipos que luego tendrán a la venta; o

c) a los usuarios finales mediante la comercialización a través de la distribución en puntos de venta (locales comerciales de venta al público en general) para que aquel lo instale y use, conforme a los términos de la licencia y de las normas aplicables, en el o los equipos que disponga.

Como podrá apreciarse, en la sentencia en estudio el imputado no cumplió, en la gestión de su actividad, con ninguna de las normas básicas que se verán a continuación rigen la normalidad de la operativa en materia de este tipo de software.

4.1.2.1. *Licencia otorgada al fabricante de equipos*

Si la licencia ha sido otorgada por el productor del software al fabricante de los equipos, este último estará habilitado para instalarla en tantas máquinas, al momento de fabricarlas, como la licencia autorice.

En estos casos, el proveedor de los equipos, simplemente se limitará a vender la máquina, a la que deberá acompañar la licencia de uso del software con las indicaciones de bajo que condiciones se instaló.

En ningún caso, ni aún en éste es admisible la ausencia de una licencia con la que deberá contar el adquirente del equipo, puesto que ella será la que le asegurará a él y al productor del software que el que se está utilizando es realmente original.

4.1.2.2. *Licencia otorgada al proveedor de software*

En este caso, el fabricante de los equipos entregará a los proveedores el equipo sin el sistema operativo (software de base) instalado, siendo estos últimos los que obtendrán del productor del software las licencias para instalarlo en los equipos.

Es decir, el proveedor tendrá por un lado equipos sin software de base instalado y por el otro ese software, adquirido (en el sentido amplio de la palabra) usualmente de fuente diferente a la que le compró los equipos, los que él se encargará de unificar mediante la instalación del soporte lógico en el soporte físico.

En este caso también deberá entregarse la licencia al usuario final para que ello signifique tener la garantía mencionada en el numeral anterior.

4.1.2.3. Licencia otorgada al usuario final

En este último caso, se da la situación que el usuario adquiere un equipo sin software de base instalado, o que, teniendo un software de esta naturaleza en su equipo, o bien quiere cambiarlo por una versión más actualizada o quiere instalar uno nuevo o diferente al que ya se encontraba usando.

Aquí la licencia será otorgada exclusivamente para uso en máquinas propias con las clásicas limitaciones de cantidad de equipos en los que podrá instalarse y los usuarios que podrán hacer uso de él.

4.2. La factura no significa tener licencia

En el apartado siguiente, el (3), la sentencia indica correctamente que la factura no implica licencia.

La licencia es un contrato de tipo específico que, otorgado por el productor del software, concede al usuario un permiso para ser usado. Nunca transmite la propiedad, ya que en los bienes intelectuales no existe el concepto de propiedad por lo que la misma no puede transferirse. Se conceden o transfieren derechos ⁽⁷⁾.

La factura únicamente acredita el pago por la obtención de una licencia, y no más que eso.

La licencia deberá encontrarse documentada por escrito y conforme a las condiciones que este tipo de documento requiere. Cualquier otro documento no otorga derechos de uso.

Por ese motivo, el Juez desechó muy correctamente la presentación de las supuestas facturas de compra (que a la sazón ni siquiera se pudo determinar su veracidad) como comprobante de la existencia de licencias de cualquier tipo.

5. NORMATIVA APLICADA AL CASO

La propia sentencia ha detallado la normativa aplicable a la situación procesada la cual se divide en normas de derecho positivo nacional y normas de derecho positivo internacional ratificada por nuestro país.

En todo caso la normativa aplicable se refiere al software como bienes inmateriales obra de la mente humana.

⁽⁷⁾ Delpiazzo, Carlos E. Derecho Informático Uruguayo. Ya citado, p. 40 y 41.

5.1. Normativa nacional

En el orden interno contamos con la Ley madre en materia de propiedad intelectual, la N° 9.739 promulgada el 17 de diciembre de 1937, que regula todos los aspectos concerniente a este tipo de bienes.

Esta ley ha sufrido algunas modificaciones, pero en lo que nos interesa a los efectos de este trabajo, debemos considerar la variante introducida al artículo 46 de esa Ley por el artículo 23 de la Ley N° 15.913 promulgada el 27 de noviembre de 1987, el que sustituyó su texto original.

También, y en un orden jerárquico diferente, ha sido de aplicación el Decreto del 21 de abril de 1938 reglamentario de la Ley N° 9.739, modificado en su artículo 19 por el Decreto N° 154/989 de fecha 11 de abril de 1989.

En cuanto a la Ley N° 9.739, en la sentencia se han referenciado los artículos 2, 5, 41, 44 lit. B) y 46 (en la redacción dada por el art. 23 de la Ley N° 15.913).

Los artículos 2 y 46 hacen referencia al derecho de reproducción de las obras de naturaleza intelectual, el primero a cómo opera el derecho de reproducir y el segundo a la violación del mismo y las penalidades impuestas por la violación, consagrando en el mismo la figura delictiva de la edición, venta o reproducción de obras del dominio intelectual.

El artículo 41 establece un caso de limitación a los derechos del autor dada por la expropiación que el Estado o el Municipio pueden efectuar.

El artículo 5 en su inciso final determina, por medio de una norma residual, la calidad de obras intelectuales al software, considerándolo una producción del dominio de la inteligencia.

Finalmente el artículo 44 lit. B) establece otros casos de reproducción ilícita, exceptuando (en lo que al caso respecta) a aquellas que se realizan en instituciones docentes públicas o privadas. Este fue el argumento utilizado por el imputado para ampararse de su acusación basándose en que era titular de una institución de enseñanza, la que se determinó se trataba de una estructura montada tan sólo para disimular el verdadero objetivo de la empresa: violar los derechos de la propiedad intelectual en beneficio de su propietario, el acusado.

Por su parte, el Decreto del 21 de abril de 1938, que reglamentó la Ley N° 9.739 en cuanto a la inscripción de las obras en el Registro de Derechos de Autor, en lo que interesa a nuestro estudio, en su artículo 19, modificado por el Decreto N° 154/989, prevé el amparo de esos derechos, ante el depósito de dos copias de los programas, enteras o por trechos suficientes para caracterizar su creación.

5.2. Normativa internacional

En el ámbito internacional, la norma mencionada en la sentencia es el Convenio de Berna, ratificado por nuestro país por la Ley N° 14.910 de fecha 19 de junio de 1979, el que en su artículo 2 define que se entiende por obras de la naturaleza de las comprendidas en la violación de derechos de autor cometida por el imputado.

El artículo 9 de este Convenio refiere al derecho exclusivo de que goza el autor de una obra de autorizar o no su reproducción (numeral 1°), salvo determinadas excepciones que deben

ser establecidas por vía legal (numeral 2º) y que no se dan en nuestro país en lo que respecta al caso procesado.

Aunque no mencionado en la sentencia, el artículo 5º en su numeral 2) prevé la protección de las obras de carácter intelectual sin requerirse formalidad alguna, es decir, sin necesidad de registro.

Y para el caso baste la simple mención formulada, puesto que existen ciertas discrepancias doctrinarias de interpretación respecto a la protección con o sin registro, proveniente de la contradicción de las previsiones de la Ley madre N° 9.739 y la mencionada disposición del Convenio de Berna que también sería ley nacional en virtud de su ratificación por vía legislativa (Ley N° 14.910), en donde en la primera se coloca como requisito indispensable para ser objeto de la protección de la ley al registro de las obras, mientras que el Convenio de Berna otorga dicha protección sin requerirlo.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

Arezo Piriz, Enrique. Distinción de los Conceptos de "Bien" y "Cosa" con Especial Referencia al Estudio de la Propiedad Incorporeal. En: Propiedad Intelectual. Derechos de autor y conexos propiedad industrial y marcaria. Ministerio de Educación y Cultura, 1987.

Delpiazzo, Carlos E. Derecho Informático Uruguayo, IEEM, Montevideo, 1990.

Delpiazzo, Carlos E. y otros. Protección Jurídica del Software. Ed. F.C.U. Montevideo, 1992.

Delpiazzo, Carlos E. Protección jurídica del Software. En: Propiedad Intelectual. Derechos de autor y conexos propiedad industrial y marcaria. Ministerio de Educación y Cultura, 1987.

Delpiazzo, Carlos E. La Protección del Soporte Lógico por el Derecho de Autor. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXVIII -jul.-dic. de 1987, Nos. 3 y 4, Montevideo, 1987.

Delpiazzo, Carlos E. La Piratería de Software en Uruguay, Perspectiva Jurídica. En: Separata de la Cámara Uruguaya de Software. Montevideo.

