

BIBLIOTECA DE TESIS DOCTORALES

12

SOL BEATRIZ CALLE D'ALEMÁN Ph.D.

**PROTECCIÓN JURÍDICA
DEL SOFTWARE
CRÍTICA A SU ACTUAL REGULACIÓN
Y REDEFINICIÓN DE SU NATURALEZA
FRENTE AL DERECHO**


Grupo Editorial
IBÁÑEZ



TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO	21
INTRODUCCIÓN	27
1. LA REALIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL: EL SOFTWARE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR. PERO ¿ENCAJA EN SUS PRINCIPIOS?	
APUNTES PRELIMINARES	61
1.1. REGULACIÓN JURÍDICA DEL INTANGIBLE INFORMÁTICO	62
1.1.1. Regulación internacional.....	62
1.1.1.1. Las normas del derecho de autor sugeridas en el ámbito internacional	62
1.1.1.2. La dualidad derecho anglosajón–derecho continental	71
1.1.2. Regulación nacional	82
1.1.2.1. Los estudios efectuados en Colombia	82
1.1.2.2. Ley 23 de 1982 y decreto 1360 de 1990	84
1.1.2.3. La norma comunitaria: decisión 351 de 1993	86
1.1.2.4. Directrices de carácter administrativo	88
1.1.2.5. Corolario del estudio comparativo de normas.....	89
1.2. ¿ENCUADRA EL SOFTWARE EN LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE AUTOR?	91
1.2.1. El principio del equilibrio entre los derechos de autor y el acceso a la cultura por parte de la comunidad	91
1.2.2. Principio de la protección de la expresión de la idea no de la idea misma	95
1.2.3. Principio de la fijación de la idea en un medio concreto.....	100
1.2.4. Principio de la creación independiente o de la autonomía de la creación respecto del medio en el que se fija	101
1.2.5. Principio de la protección inmediata y cualitativa, no cuantitativa....	102
1.2.6. Principio de la protección jurídica del derecho de autor de naturaleza triple: civil, penal y administrativa.....	103
1.3. CONCLUSIONES.....	104
2. LA OBRA. EL SOFTWARE COMO UNA OBRA LITERARIA: LA IMPERCEPTIBLE FUNCIONALIDAD PARA EL DERECHO DE AUTOR Y LA DEFORMACIÓN DE LO ORIGINAL	
APUNTES PRELIMINARES.....	107
2.1. DEFINICIÓN DEL SOFTWARE ASIMILADO A UNA OBRA LITERARIA	108

2.1.1.	Carácter literario del software	111
2.1.2.	La funcionalidad del software	112
2.2.	EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL SOFTWARE COMO OBRA LITERARIA	113
2.2.1.	Los requisitos del software como obra literaria	115
2.2.1.1.	Una creación humana	115
2.2.1.2.	La originalidad	116
2.2.1.3.	La fijación o expresión de la obra	120
2.2.1.4.	Código fuente y código objeto	123
2.2.1.5.	Interfaces de usuario	125
2.2.2.	La obra derivada e inédita en materia de software	127
2.3.	ARGUMENTOS QUE SOSTIENEN LA POSICIÓN DE ASIMILAR EL SOFTWARE A UNA OBRA LITERARIA	129
2.3.1.	Los argumentos de los grupos de expertos de la OMPI	130
2.3.2.	Los argumentos del grupo de expertos de la BSA	131
2.3.3.	Los argumentos de la doctrina	133
2.3.4.	Argumentos esgrimidos por la dirección nacional de derechos de autor en Colombia	143
2.4.	EL SOFTWARE DESDE LA ÓPTICA DE OTRAS DISCIPLINAS DEL DERECHO	146
2.4.1.	Normas tributarias y contables	146
2.4.2.	Normas aduaneras	149
2.4.3.	Normas penales que protegen el software como obra literaria	152
2.5.	PROTECCIÓN DEL SOFTWARE A TRAVÉS DE OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS .	155
2.5.1.	La patente	156
2.5.2.	El secreto industrial	158
2.6.	CONCLUSIONES	160

3. EL AUTOR Y LA RELACIÓN CON SU OBRA. LOS CREADORES DE SOFTWARE: TITULARES DE LOS DERECHOS MORALES Y LOS PRODUCTORES: TITULARES DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

APUNTES PRELIMINARES	163	
3.1.	ACLARACIÓN SOBRE LOS CONCEPTOS CREADOR, AUTOR, TITULAR DE DERECHOS Y PROPIETARIO	165
3.1.1.	¿Para quién es el derecho de autor?	168
3.1.2.	El criterio de la vida del autor como directriz para el plazo de protección	172
3.1.3.	Autor y titular de las creaciones informáticas	175
3.2.	LA COAUTORÍA	176
3.2.1.	Coautoría y etapas de creación del software	177
3.2.1.1.	Etapas del diseño	177
3.2.1.2.	El momento de la programación	178

3.2.1.3.	Las pruebas y puesta en marcha del software	178
3.2.1.4.	Mantenimiento correctivo y evolutivo	178
3.2.2.	La obra colectiva y en colaboración en materia de software	180
3.3.	LOS DERECHOS MORALES.....	183
3.3.1.	La pertinencia de los derechos morales respecto del software	185
3.3.2.	La titularidad del derecho moral respecto de intangibles informáticos.....	186
3.3.2.1.	El derecho moral de paternidad sobre la obra	187
3.3.2.2.	El derecho moral de integridad sobre la obra.....	189
3.4.	EL DERECHO PATRIMONIAL RESPECTO DE LAS CREACIONES INTANGIBLES INFORMÁTICAS	190
3.4.1.	Los derechos patrimoniales reconocidos por las normas del derecho de autor	191
3.4.1.1.	Derecho de uso	191
3.4.1.2.	El derecho de reproducción.....	192
3.4.1.3.	El derecho de comunicación	194
3.4.1.4.	La distribución pública, importación y exportación.....	196
3.4.1.5.	La traducción, adaptación, arreglo o transformación	197
3.4.2.	Las excepciones y limitaciones a los derechos patrimoniales	200
3.4.2.1.	El uso de las obras sin autorización del titular del derecho.....	201
3.4.2.2.	La reproducción de la obra sin autorización del titular	203
3.4.2.3.	La publicación, difusión y comunicación de la obra sin autorización del titular	205
3.4.2.4.	Los procesos de descompilación o ingeniería inversa.....	206
3.4.2.5.	El software libre y el software propietario	209
3.5.	CONCLUSIONES	210
4. LOS HALLAZGOS Y LAS PROPUESTAS. EXCLUSIÓN E INDEPENDENCIA: LA EXCLUSIÓN DEL SOFTWARE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU COMPRENSIÓN JURÍDICA COMO UN BIEN INTANGIBLE INFORMÁTICO		
APUNTES PRELIMINARES		213
4.1.	EL OBJETO	221
4.1.1.	Naturaleza y concepción técnica del software	222
4.1.1.1.	¿Cuáles son sus elementos?.....	224
4.1.1.2.	¿Cuáles son sus características?	226
4.1.1.3.	¿Cuáles son sus aplicaciones?	228
4.1.2.	El software como objeto informacional: unidad de sus elementos	230
4.1.2.1.	La información desde una perspectiva ontológica	230
4.1.2.2.	La información desde una perspectiva institucional	236
4.1.2.3.	Necesaria unidad del software, lo inadecuado de su fraccionamiento	240
4.1.3.	Reflexiones en torno a la noción de software como un bien informático	244

4.1.3.1.	El carácter de bien	245
4.1.4.	La connotación de bien incorporal o intangible	251
4.1.4.1.	La teoría clásica de lo incorporal	251
4.1.4.2.	La necesidad de actualización del sentido clásico sobre lo incorporal	252
4.1.4.3.	El software: un bien incorporal informático.....	255
4.2.	EL SUJETO.....	257
4.2.1.	El titular del software como herramienta informática: un creador.....	259
4.2.1.1.	La idea y el conocimiento como categorías autónomas.....	260
4.2.2.	El software: compendio de información a partir de ideas y conocimiento	269
4.2.3.	El usuario del software: titular de la información que trata	272
4.2.3.1.	Un bien creado para el uso de terceros.....	273
4.2.3.2.	Ubicuidad espacial y temporal del software	274
4.2.3.3.	Legitimidad y titularidad de derechos.....	275
4.2.4.	La creación como hecho jurídico respecto del software	277
4.2.4.1.	Acto de creación y creación propiamente dicha.....	277
4.2.4.2.	Los intereses que se deben tener en cuenta	278
4.3.	RELACIONES JURÍDICAS ENTRE EL SUJETO CREADOR Y EL OBJETO CREADO: SOFTWARE.....	280
4.3.1.	La propiedad como relación jurídica principal reconocida por el derecho civil	281
4.3.1.1.	Derecho real de dominio y derecho de propiedad.....	281
4.3.1.2.	El derecho de propiedad respecto de bienes incorporales.....	287
4.3.1.3.	El derecho de propiedad que se predica sobre las creaciones propias del derecho de autor y la propiedad industrial	288
4.3.1.4.	Derecho de propiedad sobre otras categorías intangibles no incluidas en la propiedad intelectual.....	292
4.3.2.	Reflexiones teóricas en relación con un derecho de disposición sobre el software	295
4.3.2.1.	Sujeto, objeto y poder de disposición.....	295
4.3.2.2.	Caracterización del derecho de disposición	299
4.4.	CONCLUSIONES GENERALES.....	302
	BIBLIOGRAFÍA	327