



**Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías**

**LA PATENTABILIDAD DEL SOFTWARE Y LA FUNCIÓN
SOCIAL DE LA PROPIEDAD**

DAVID ANDRÉS AGUIRRE SORIANO

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías

No. 10, Julio - Diciembre de 2013. ISSN 1909-7786

La patentabilidad del software y la función social de la propiedad*

David Andrés Aguirre Soriano**

RESUMEN

El objeto de este artículo es analizar la hipótesis de la patentabilidad del software desde la función social y el bien común comprendido como criterio orientador y limitante, en la concepción del derecho de propiedad; que naturalmente abarca la propiedad intelectual.

PALABRAS CLAVE: Función social, Propiedad, Patentabilidad, Bien común, Externalidad.

ABSTRACT

The object in this article, is analyze the hypothesis of the patentability of software, from the social function and the common good, understand as orientated and limitation criteria, in the conception of right property; that naturally occupied the intellectual property.

KEYWORDS: Social function, Property, Patentability, Common good, Externality.

* Cómo citar este artículo: Aguirre Soriano, D (Diciembre, 2013). La patentabilidad del software y la función social de la propiedad. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 10.

** Abogado egresado de la Universidad La Gran Colombia – Bogotá. Investigador en derecho económico, comercial y de las nuevas tecnologías. Consultor independiente, autor de varios artículos científicos publicados en revistas académicas de la Universidad de los Andes y la Universidad Externado de Colombia. Correos: davico_1972@hotmail.com , aguirre.david@urosario.edu.co

La presente idea de investigación, surge como una inquietud académica, originada en el "VII Foro Internacional de Derecho Privado: Debates contemporáneos sobre propiedad", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes en el mes de Septiembre de 2012.

SUMARIO

Introducción – I. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD – A. *Concepciones tradicionales de la función social de la propiedad* – B. *El trust anglosajón; una concepción tradicional de la función social en la propiedad fiduciaria* – II. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD APLICADA A LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ALGUNOS EJEMPLOS – A. *Tendencias dirigidas a exacerbar la función social de la propiedad intelectual* – III. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD RIÑE CON LA HIPÓTESIS DE PATENTAR EL SOFTWARE – A. *Implicaciones económicas de abolir el derecho de autor como régimen de propiedad intelectual del software, sobre la función social y el bien común* – B. *La función social de la propiedad intelectual manifestada en el software libre, otra gran baja con la hipótesis de patentar el software* – IV. Conclusión - Bibliografía

Introducción

La función social de la propiedad es un tópico desde el cual vale la pena analizar la hipótesis de una eventual adopción y masificación de la protección de la propiedad intelectual del software a través del régimen de patentes, toda vez que dicha función social de la propiedad se constituye como un rasero para dimensionar la viabilidad de tal hipótesis frente a la naturaleza jurídica-constitucional del denominado derecho de propiedad.

La propiedad es indudablemente una forma de proyectarse en sociedad, es decir, funge como un instrumento para identificarse sociológicamente como persona dentro de un entorno¹, entendiéndose no desde la perspectiva del valor económico de los bienes objeto de tal derecho, sino desde las cualidades y nociones de los bienes objeto del derecho en sí, a través de las cuales, en la medida que se es propietario de algo (por ejemplo: para efectos de este planteamiento, en la propiedad de un predio rural, no es relevante el valor económico del inmueble, sino la definición e identificación del perfil y personalidad de su dueño, como granjero y amante de los campos), el sujeto intrínsecamente proyecta y expresa la forma en la que quiere ser reconocido en sociedad, esto es, como quiere ser asumido por los demás, toda vez que un sujeto se apropia de algunas cosas en la medida que su perso-

nalidad le exige necesidades (por ejemplo: predios rurales, predios urbanos, tipos de medio de transporte, etc.).

Por lo tanto, se puede afirmar que un sujeto en la medida que es propietario de algo complementa el desempeño de su rol como: “ser social por naturaleza” (acogiendo el precepto Aristotélico, consistente en que el hombre es un animal político y un ser social por naturaleza); por ende, el derecho de propiedad es un derecho inherente al desarrollo social de la persona y por consiguiente el derecho de autor como forma especial de la propiedad se constituye como un Derecho Humano; tal como el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo consagra: *“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”* (Art. 27-2. *Cursivas mías*).

Asimismo, el acceso a la cultura también se constituye como un Derecho Humano, consagrado en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”* (Art. 27-1. *Cursivas mías*).

De ahí que la disciplina de la propiedad intelectual, en virtud de la función social de la propiedad, tiene la misión de conciliar los dos mencionados Derechos Humanos, el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura, no solamen-

1 *“Bodino, Hobbes, Locke, Rousseau, Smith, Kant y Hegel, para no mencionar sino a algunos pensadores prominentes del periodo anterior a Marx y Engels, creían que la propiedad privada era la condición necesaria para el desarrollo pleno de las potencialidades humanas, la condición sine qua non de la libertad genuina”* (Sweezy, 1979, *Teoría del desarrollo capitalista*, p. 270. *Cursivas mías*).

te mediante el régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor, sino a través de tendencias que permitan materializar la función social de la propiedad intelectual, como criterio que orienta tal derecho y que a su vez limita el mismo en virtud del bien común.

El debate propuesto se dirige a identificar y encuadrar la propiedad intelectual en el entorno tradicional y digital, dentro de la institución jurídica denominada función social de la propiedad; para así proceder a establecer el grado de cercanía existente entre; por un lado, proteger la propiedad intelectual del software, a través del derecho de autor y por otro lado, a través del régimen de patentes, frente al precepto; *función social* como criterio orientador del derecho de propiedad que a su vez es morigerado en su alcance por el *bien común*.

I. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Que la propiedad es una función social que implica obligaciones es un concepto que ha venido siendo desarrollando en el constitucionalismo colombiano desde vieja data, toda vez que a través del Acto Legislativo 01 de 1936 se introdujo en el artículo 31 de la *Constitución Política de la Republica de Colombia de 1886* dicho precepto; por el cual se entiende que, la propiedad es un derecho que tiene una función social, afirmación que enmarca tal texto constitucional dentro del criterio *ius naturalista* que inspiró dicha Carta Magna. (Legis, 1990, Jurisprudencia y doctrina, p. 49).

Tal orientación *ius naturalista* se adoptó en lugar de optar por la tesis Duguitiana, sobre los principios formulados por el profesor León Duguit, que se encontraban en boga por los años treinta, que consistía en la pretensión de reducir los derechos a funciones sociales. (Legis, 1990, Jurisprudencia y doctrina, p. 49).

Para Duguit, la nueva realidad decimonónica derivada de la metamorfosis o cambio profundo que sufrió la economía, producto de la evolución de una economía doméstica a una economía nacional en el siglo XX, transformó a una sociedad tradicional y estática en la burguesa del Siglo XIX, en un “taller social” caracterizado no sólo por la instalación de industrias e infraestructura sino por la incorporación del factor *dependencia social* de las personas, pues mientras unas requieren de bienes o servicios, otras dedican sus esfuerzos a ofrecerlos y a prestarlos, por tanto, se considera que este es el gran hecho moderno sobre el cual debe plantearse la evolución del derecho.²

En ese orden de ideas, la tesis Duguitiana predica que el ingreso en el siglo XX comportaba una nueva dinámica, que debía abandonar lo propio del siglo XIX consistente en un Estado concentrado en la conservación del orden público en el interior y concentrado en la seguridad exterior del país, al mismo tiempo que garantizador de

2 Afirmo León Duguit: “Cada hombre, cada grupo de hombres, ya sea el dictador supremo de un país o el más modesto de sus súbditos, ya sea un gobierno o un parlamento omnipotente o una modesta asociación, tiene una cierta tarea que cumplir en el vasto taller que forma el grupo social, atendidas la semejanza de las necesidades de los hombres que pertenecen –a él– y la diversidad de aptitudes de los hombres que pertenecen a ese mismo grupo”. (Jara, 2008, La tesis duguitiana: opinión del profesor Manuel Jara Cristi, p.70).

una plena y libre actividad privada. Además de lo anterior, se requiere de un Estado que provea servicios muy variados, de los cuales muchos son de carácter industrial, tales como la preservación del mencionado “taller social” como dinámica emergente en el siglo XX,³ aspecto que no se escapa al derecho de propiedad en virtud de una función social en estricto sentido, es decir, teniendo como variable subyacente la función social a toda costa.

Con independencia de la orientación jurídica o filosófica que se adoptare para tal época (sea *ius naturalista* o sea *Duguitiana*) en este caso se obtiene la misma conclusión: la propiedad debe utilizarse con un criterio social y no meramente en beneficio individual del dueño del bien.

Para Corte Suprema de Justicia–Sala Constitucional, temporalmente ubicados en el año 1990, el Estado colombiano, es un Estado de corte demoliberal, intervencionista, edificado sobre los postulados del sistema económico capitalista, pero que a su vez participa de los fines últimos del socialismo, sin llegar al extremo de optar por los métodos que el mismo socialismo plantea como medios para alcanzarlos, toda vez que no se predica la eliminación de la propiedad privada sobre bienes, medios o instrumentos de producción, sino que por el contrario la reafirma y protege; tampoco sustituye libertades económicas privadas por un sistema centralmente direccionado de tipo imperativo, sino que tales libertades económicas son armonizadas con la

acción estatal para así adecuar tales derechos a la primacía del interés público y a su finalidad social. Es decir, sobre la base del sistema económico capitalista, cimiento de la organización sociopolítica y constitucional colombiana, el interés público o social condiciona y subordina la iniciativa y el interés particular, concluyendo con que es el fin principalísimo de las competencias intervencionistas del Estado, la realización de los ideales de justicia social y mayor igualdad en que aquella se inspira. (Legis, 1990, Jurisprudencia y doctrina, p. 49).

Así las cosas, si bien el Estado colombiano se orienta bajo la dinámica del reconocimiento y tutela de la propiedad privada y de las libertades económicas, no se puede perder de vista que la *función social* que el constituyente del 36 adscribió a la primera y el *bien común* que encauza y limita a las segundas son también postulados básicos que constituyen núcleo esencial de los principios rectores que nutren la organización política colombiana. (Legis, 1990, Jurisprudencia y doctrina, p. 49).

La nueva *Constitución Política de Colombia de 1991*, en su artículo 58, siguiendo la tendencia incluida en la Carta Magna de 1886, vía la reforma del año 1936, prevé dentro del nuevo texto constitucional al lado de la garantía del derecho de propiedad⁴, la función social del mismo, cri-

3 (Jara, 2008, p.70).

4 “Que el estado es una organización para el sostenimiento de la propiedad privada, constituye la piedra angular de todo el desarrollo previo del pensamiento político, desde el derrumbe del feudalismo y los orígenes del estado moderno” (Sweezy, 1979, *Teoría del desarrollo capitalista*, p. 270).

“El fin superior del estado es la protección de la propiedad privada” (Engels, 1982, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, p. 130).

terio al que con la nueva *Constitución de 1991* se adiciona la función ecológica, la prevalencia del interés general sobre el individual y las distintas formas de expropiación.

A. Concepciones tradicionales de la función social de la propiedad

La concepción tradicional de la función social de la propiedad indudablemente se orienta desde la perspectiva de la propiedad urbana y rural, función social que se puede entender tradicionalmente en dos sentidos; (i) como una ordenación jurídica en la cual se plasma la realidad social; (ii) y como un instrumento de transformación de las estructuras socioeconómicas que sustentadas en enfoques jurídicos resultan contrarias a los intereses comunes del engranaje social; estructuras que, tradicionalmente, a la luz de la función social de la propiedad como criterio orientador y del bien común como limitante del ejercicio de tal derecho son; latifundios en el sector rural y terrenos de engorde en lo urbano (Lara, 1992, La función social de la propiedad, p. 6).

Por tanto; teniendo como centro de la problemática el latifundio en el sector rural y los terrenos de engorde en el sector urbano, como foco de la mayoría de injusticias, desigualdades e inequidades sociales y como factor debilitante de la estructura de convivencia social, se expidió la ley de tierras (*Ley 200 de 1936*) y con posterioridad la ley de reforma urbana, (*Ley 9 de 1989*) con el fin de dirigir la iniciativa privada hacia el bien común (Lara, 1992, La función social de la propiedad, p. 7).

Es así como la *Ley 200 de 1936* establece para los dueños de predios rurales la obligación de explotar económicamente sus predios, es decir que ya no basta con que el propietario realice actos positivos propios del dueño para probar la posesión del suelo, tal como lo predica el artículo 981 del *Código Civil*, sino que es necesario que tales acciones tengan un contenido y alcance económico acorde a las necesidades propias del bien común, determinándose que, frente a la posesión de predios rurales, la *Ley 200 de 1936* reorientó la interpretación del artículo 981 del *Código Civil* (Lara, 1992, La función social de la propiedad, p. 11), en el entendido que para probar la posesión del suelo en materia de predios agrarios no bastan los hechos positivos que se derivan del derecho de dominio, tales como el corte de maderas, la construcción de edificios o el cerramiento, sino que es necesario que tales hechos derivados del derecho de dominio tengan un contenido y alcance económico, dentro de las necesidades del país, para que pueda constituir prueba de la posesión económica del suelo en un predio rural, toda vez que de no desplegarse actos positivos propios del dueño, tendientes a la explotación económica del predio rural que constituyan una posesión económica del suelo durante un término de diez años continuos, la ley en cuestión consagró la extinción de dominio sobre tales predios rurales, como una sanción a la inobservancia de los objetivos sociales de la propiedad dados por el legislador,⁵ obedecien-

5 La figura de la extinción de dominio sin indemnización, como consecuencia del abandono del derecho por parte del titular, no está contenida constitucionalmente, empero la Corte Suprema de Justicia-Sala Constitucional la permitió aduciendo que tal figura es inherente al principio de la función social de la propiedad.

do al desarrollo legislativo del principio de la función social de la propiedad.

En el mismo sentido, el artículo 2º de la *Ley 9 de 1989* preconiza el deber por parte de las entidades administrativas competentes de incluir en los planes de desarrollo urbano las finalidades socialmente útiles a los cuales puedan destinarse los terrenos urbanos, el tratamiento que se le debe dar a los terrenos no urbanizados o de “engorde”, en aras de desarrollar los terrenos no urbanizados, construir los inmuebles no construidos y lograr satisfacer las necesidades de interés común (C.S.J., del 14 de septiembre de 1989, *Sentencia 1903*, p. 21).

En otras palabras, dicha ley persigue sentar un principio de coordinación directa entre los planes de desarrollo urbano y las necesidades de la comunidad, consistente en una perentoria adecuación de la función social a dichos planes, criterio en virtud del cual se busca persuadir la adopción de planes de desarrollo urbano por parte de autoridades locales que promuevan el desarrollo desordenado de las regiones por medio de decisiones discrecionales desviadas. Dadas las expresiones físicas y espaciales de los procesos económicos y sociales de concentración, comunes en las ciudades, tales concentraciones requieren de un ordenamiento especial a través de la orientación de la función social en la elaboración de los planes de desarrollo urbano (Lara, 1992, *La función social de la propiedad*, p. 19).

B. El trust anglosajón; una concepción tradicional de la función social en la propiedad fiduciaria

La función social de la propiedad encuentra operatividad en el denominado *trust* anglosajón, propio del sistema jurídico del *common law*, por observar criterios de equidad⁶, que admiten la doble titularidad (entre el *Trustte* y *Cestui que trust*) sobre el patrimonio afectado⁷ como propiedad fiduciaria⁸, es decir, derecho de dominio limitado y supeditado a la finalidad establecida separando de la administración el disfrute o goce de la cosa, de tal manera que el *Trustee* (fiduciario) y el *Cestui que trust* (beneficiario), conjuntamente, tienen un derecho o interés de “*trust property o estate property*”⁹ sobre el bien, estando facultados para ejercer acciones reales derivadas de tal derecho tendientes a buscar la realización de la finalidad establecida.

6 El *trust* moderno se deriva del *use* medieval (esta figura surgió por la inexistencia de disposiciones testamentarias sobre la tierra, por ende el denominado *use*, permitió la transmisión de predios mediante actos entre vivos o por testamento a un prestatombrado, (*feoffe*) quien las poseía en provecho de un beneficiario, (*cestui que use*) careciendo este último, de facultades para exigir el cumplimiento del *use*, dependiendo solo de la conciencia del prestatombrado, en razón de no haber documento escrito, pues la obligación que adquiría dicho prestatombrado era únicamente moral, sin obtener protección de las cortes del *common law*.

Hasta que al final del siglo XIV el *chancellor*, encargado de administrar la jurisdicción basada en la equidad, comenzó a expedir decretos con el fin de proteger los intereses de los beneficiarios, así los tribunales de equidad empezaron a reconocer ciertos derechos a estos, consolidándose más tarde con la elaboración de un sistema de propiedad equitativa a favor de los *cestui que use*. Durante los dos siglos siguientes las principales características del *trust* moderno fueron elaboradas en virtud de las cortes de equidad (Rengifo, 1998, *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, p. 28–30).

7 Cosas sobre las que recae un derecho o interés/bienes del *trust*.

8 Derecho o interés que se da en *trust - trust property / trust estate*.

9 *Estate*; entiéndase en el derecho Inglés como interés.

El *trust* se integra por los siguientes elementos: *Settlor*, quien proporciona los activos con los cuales se constituye un patrimonio autónomo; *Trustee*, quien administra los activos fideicomitidos con los cuales se constituye el patrimonio autónomo del fideicomitente; el *Cestui que trust*, quien recibe los beneficios que se puedan generar, que puede ser el mismo constituyente o un tercero diferente y el *trust property* que recae sobre una cosa afectable a tal propósito.

El *trust*¹⁰ anglosajón orienta de alguna manera la institución jurídica conocida como fiducia en los países de tradición romano-germánica, con la diametral salvedad de que el *trust* sí admite la doble titularidad sobre el derecho de propiedad en cabeza del *trustee* y del *Cestui que trust*, mientras el *civil law* no admite tal esquema.

Aunque la fiducia como institución jurídica encuentra su origen en el *common law*, en el *civil law* existen algunos antecedentes que se asemejan a tal institución, como es el caso de la figura del ejecutor testamentario, desarrollada entre otros por el derecho germánico, en la que en ausencia de posibilidad para hacer testamento, se le transfería la propiedad a un individuo denominado *salmann*, quien se comprometía a seguir las instrucciones del constituyente, figura que más adelante evolucionó al concepto de *treuhand*, a través de la cual la propiedad era una vez más transferida a un *treuhander* para

que este cumpliera las instrucciones encomendadas, *so pena* de que el constituyente recobrar la propiedad de los bienes, en dicho *treuhand* el derecho del beneficiario se limita a esperar que la obligación a cargo del *treuhander* sea realizada a su favor, diferenciándose del *trust*, porque el beneficiario no tiene ningún derecho sobre la propiedad durante la vigencia del encargo, como sí ocurre en el *derecho anglosajón*.

En el *trust* anglosajón coexisten dos derechos de dominio –en estricto rigor en este sistema jurídico no se es propietario de la cosa, sino de un interés- (Rengifo, 1998, p. 37), lo cual implica que el *trustee* comparte con el *cestui que trust* un derecho real sobre el bien,¹¹ el cual resulta oponible *erga omnes*, denominado *equitable estate* protegido por principios de “derecho en equidad-*in equity*” y no de “derecho común-*in law*” (Rodríguez Azuero, 2005, p. 35). pues este último es reservado para el fiduciario debido a que en el *trust* se asume la propiedad NO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL OBJETO SOBRE EL CUAL RECAE EL DERECHO, SINO DESDE EL INTERÉS O BENEFICIO QUE ELLA PUEDA GENERAR (Rengifo, 1998, p. 37) en virtud de la función social y económica que tal tipo de propiedad cumple (a esa función se le llama interés o *estate*) y del innegable interés común que sobre

10 Valga la aclaración que el *trust* tiene un sentido jurídico y una significación económica, desde una significación económica la palabra *trust* se utiliza para denominar e individualizar una forma de concentración empresarial de carácter contractual, tendiente a desarrollar prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, mientras que desde el punto de vista jurídico el término *trust* expresa una relación jurídica. (Rengifo, 1998, p. 27).

11 Así como el fiduciario puede ejercitar acciones tendientes a cumplir la finalidad encomendada, el beneficiario puede con sus derechos ejercitar un conjunto de acciones encaminadas a que el fiduciario lleve a cabo una operación o celebre un contrato, o que se abstenga de hacerlo, acciones para invocar la subrogación real, es decir, reclamar como bienes del fideicomiso los que han sido adquiridos con su dinero, asimismo puede perseguir los bienes del fideicomiso en poder de terceros, mientras la enajenación esté por fuera de las facultades del fiduciario, salvo que aquellos hayan dado una contraprestación y no conociesen la violación de los términos del *trust*. (Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina*, 2005, p. 35).

ésta recae, razón por la cual, bajo criterios de equidad sobre un mismo objeto pueden coexistir dos intereses económicos. Como se dijo anteriormente, siendo esta situación exclusiva del *common law* e inexistente en el *civil law*.

II. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD APLICADA A LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ALGUNOS EJEMPLOS

Indudablemente, la función social de la propiedad intelectual se puede ver representada en el régimen de límites y excepciones que conforman el sistema de balanzas y ponderaciones de intereses en la propiedad intelectual, comprendidas razonablemente desde la perspectiva de la función social como criterio orientador y del bien común, como criterio limitante de los derechos exclusivos e inherentes a dicha forma especial de la propiedad.

Tal función social de la propiedad intelectual, orientada hacia el entorno de las nuevas tecnologías, se puede analizar desde la perspectiva de (i) *la copia privada* (para el sistema jurídico latino continental) o *fair use*¹² (para el sistema jurídico anglosajón) y desde la posibilidad de (ii)

12 *Fair use* o uso permitido; consiste en que copiar una obra sin autorización no siempre debe restringirse, en algunos casos. Algunas actividades como la enseñanza y la investigación y sectores como el de los medios de comunicación lo requieren. Lo complicado ha sido determinar en qué circunstancias se está en presencia de esta excepción, para lo cual, la jurisprudencia fijó la necesidad de que concurran los siguientes elementos: a) el propósito y el carácter del uso, si el uso es comercial o sin ánimo de lucro con fines educativos; b) la naturaleza de la obra protegida; c) la proporción de la parte utilizada con relación a la totalidad de la obra; d) el efecto del uso en el mercado potencial y el valor de la obra protegida. (Tysver, 1993, The fair use statute, párr. 1-3).

eludir medidas tecnológicas de protección, vía excepciones y limitaciones a las medidas legales de implementación, tendientes a punibilizar y sancionar, por distintas vías tales elusiones, (penal, administrativa, etc.), es decir, que en su alcance prohibitivo puede permitir por excepción determinadas conductas elusivas de dichas medidas tecnológicas de protección dependiendo de la finalidad buscada por el sujeto activo, finalidad que como se verá en el presente apartado tiene unas orientaciones y connotaciones tendientes a equilibrar el derecho del autor con los derechos comunes de la sociedad, tales como el acceso a la cultura, a la tecnología, a la capacitación y en general a la satisfacción de las necesidades de crecimiento del país.

Cabe advertir, que la denominada *copia privada* como excepción o limitación al derecho de autor, en varios ordenamientos no aplica para los programas de ordenador, como por ejemplo, en la *Decisión Comunitaria 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena* y en la legislación española¹³, empero, es mencionada en el presente apartado con el fin de contextualizar tal expresión de la función social de la propiedad intelectual en el contexto digital; por otro lado, la *elusión de medidas tecnológicas de protección vía excepciones y limitaciones a las medidas legales de implementación, sí incluye a los programas de ordenador*, por tanto tal desarrollo jurídico será mencionado en el presente apartado con el fin

13 Decisión 351 de 1993, art. 25: "*La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad*".

Artículo 31.2 de la legislación Española: "... *Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99 - a), los programas de ordenador*".

de contextualizar el software como obra objeto de derecho de autor, dentro de una clara orientación de la función social de la propiedad intelectual aplicable a este tipo de creación del espíritu. La denominada *copia privada* es una excepción a la que en su aplicación práctica se le debe dar un alcance correcto y detallado, desde el entendimiento de que tal excepción NO ES UN DERECHO SUBJETIVO DE LOS CONSUMIDORES CULTURALES sino una limitante al derecho exclusivo del autor¹⁴, para a partir de esta correcta comprensión, orientar los derechos del autor bajo el criterio de función social de la propiedad y asimismo bajo los límites y excepciones inspirados por la limitación general que se deriva del bien común. El correcto entendimiento de la naturaleza de los límites y excepciones en materia de derecho de autor, se hace indispensable a efectos de evitar frecuentes piruetas argumentativas tendientes a degenerar tal figura, en un

anti técnico argumento para la violación de los derechos de autor.

La copia privada es una excepción o limitación al derecho de autor, definida por la profesora Delia Lipszyc como: “*una reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el derecho de autor incluidas en revistas, diarios, etc., exclusivamente para uso personal del copista; verbigracia, para estudio, docencia o esparcimiento*” (1993, *Derechos de autor y derechos conexos*, p. 222), excepción que también aplica en el contexto digital, toda vez que tal limitante al derecho de autor, según el Convenio de Berna¹⁵ y sus disposiciones recogidas en el *Tratado de la OMPI sobre derecho de autor TODA*¹⁶, el cual reconoce el alcance del derecho de reproducción y sus limitaciones en el entorno digital, en coincidencia con lo consignado en el *Libro Verde*¹⁷; lo cual permite afirmar que la copia privada cobra mayor eficacia en tal entorno, respecto de los medios analógicos de reproducción, que por

14 Esta restricción de los límites se configura, en último término, con la aplicación del límite de límite, regla de las tres fases o *three steeps test*: (i) que el evento o excepción esté claramente descrito y delimitado de antemano; (ii) que con la conducta desplegada no se afecte la normal explotación o comercialización de la obra; (iii) que con la conducta desplegada no se cause grave e injustificado perjuicio a los legítimos intereses del autor o titular. (Inspirado en el convenio de Berna).

El mismo bien puede considerarse un fundamento del derecho de autor tipificado en el artículo 9.2, del Convenio de Berna, en sede del derecho de reproducción y en los convenios de la OMPI de 1996. En el primero de ellos se señala: *las partes contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente tratado, en casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor* (Ortega, 2010-2011, *Redes P2P y la mal llamada cultura del compartir: El pulso entre el derecho de autor y las posiciones ciberlibertarias* p. 330).

Este principio, también se recoge en los acuerdos ADPIC y en el ámbito del derecho comunitario europeo, en el artículo 5.5 DDASI: Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

15 Acta de 1971, ha sido el marco ratificado en las modernas legislaciones; vg. Colombia, Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela.

16 Art. 1.4 del TODA: El alcance del derecho de reproducción y de sus limitaciones en el entorno digital fue definido en el TODA, observando el artículo 9º del Convenio de Berna sobre derecho de reproducción y excepciones permitidas en virtud del mismo.

17 “*Si el progreso y la difusión de los medios de reproducción analógicos habían hecho imposible el control de las copias, especialmente de las privadas, la digitalización de las obras y las prestaciones vuelve a permitir plantearse un control riguroso de la reproducción. El derecho de reproducción y las excepciones, sobre todo en materia de copia privada, deberían por tanto reexaminarse a la luz de estos cambios*” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1995, *Libro Verde. Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*, Bruselas, Bélgica, p. 49).

su naturaleza hacen muy difícil controlar dicha copia privada.

La *copia privada* permite un *uso personal*¹⁸ (individual) o un *uso privado* (colectivo), el primero permite exclusivamente a una sola persona el uso individual de la obra en un solo ejemplar, que es lo usualmente permitido entre las diferentes legislaciones¹⁹; mientras que el segundo permite el uso colectivo de la obra, para los fines comunes de un determinado grupo de personas (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980, *Glosario de la OMPI*, p. 185-198)²⁰.

La copia privada es entonces una institución jurídica propia del derecho de autor que busca conciliar el derecho del autor y el derecho a la cultura, teniendo la función de fijar un punto de equilibrio para que, en beneficio del derecho a la cultura y a la información que tiene la sociedad, no se perjudique unilateralmente el derecho del creador (Torres, 2001, p. 131), *porque sin au-*

tores no hay obras y sin obras no hay cultura (Antequera, 1998, *Derecho de autor*, p. 86).

Como se ha venido afirmando, sin ánimo de ser reiterativo; la función social de la propiedad intelectual, que de alguna manera justifica el régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, encuentra en una de sus excepciones la denominada *copia privada*, instituto jurídico dentro del cual se puede enmarcar el intercambio de archivos a través de las denominadas redes P2P, (*Peer to Peer*) que por ejemplo, a la luz de la legislación española, encaja dentro de algunos requisitos de aplicabilidad de la *copia privada*, no obstante, sobre el cumplimiento de algunos de estos requisitos quedan serios cuestionamientos sobre si las redes P2P se adecuan a tales requisitos de aplicabilidad de la mencionada excepción, asunto que a continuación será puesto de presente.

Antes de continuar se hace necesario definir las redes P2P, que son un programa de computador que permite el intercambio de archivos en la red, o en otras palabras, es un software que está destinado al intercambio de cualquier tipo de archivos, que a juicio de la Digital Millenium Copyright Act –en adelante DMCA-, no resulta del todo “lícito”, dado que es posible imputar responsabilidad por violación del *copyright* a los creadores de este tipo de programas, bajo la figura denominada *secondary liability* y asimismo se puede imputar responsabilidad por violación del *copyright* a todo sujeto que ejerce derechos de autor, sin estar autorizado para ello, por el titular de los derechos, o sin ser autorizado en virtud de una excepción legal, bajo la

18 Decisión 351 de 1993, art. 3: “*Uso personal: Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.*”

19 El artículo 31.2 de la legislación española, prevé para la aplicabilidad de la copia privada el requisito: “...*la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa...*” En el mismo sentido el artículo 108 de la Ley del Ecuador de 1998, prevé para la aplicabilidad de la copia privada el requisito: “...*destinada exclusivamente para el uso no lucrativo de la persona natural que la realiza...*” Asimismo en la legislación colombiana, el artículo 37 de la Ley 23 de 1982, prevé para la aplicabilidad de la copia privada el requisito: “...*ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar...*” “El uso personal determina que la obra solo puede ser reproducida en un solo ejemplar para ser utilizado exclusivamente por la persona que realizó la copia” (Torres, 2001, La copia para uso personal en el entorno digital, p. 131).

20 OMPI. *Glosario de la OMPI*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1980, P. 185, 198.

figura denominada *direct infringement* (Ortega, 2010-2011, *Redes P2P y la mal llamada cultura del compartir: el pulso entre el derecho de autor y las posiciones ciberlibertarias*, p. 323).

Céntrese el análisis en la primer figura mencionada; *secondary liability*, consistente en que el sujeto, al tener algún grado de participación en la infracción directa, le es imputable responsabilidad, criterio aplicable a los creadores de este tipo de programas; cabe advertir que de esta se desprenden dos desarrollos jurisprudenciales; el *vicarious liability*, figura que se presenta cuando el presunto infractor está en capacidad de controlar tal conducta infractora y recibe un beneficio por la realización de dicha infracción; y por otro lado el *contributory infringement*, figura que aplica para el sujeto que conoce y participa de las actividades del infractor directo; empero, no obstante a lo descrito en el derecho norteamericano, es apenas discutida la posibilidad de que a los creadores de programas P2P les sea imputada responsabilidad bajo el criterio *second liability/contributory infringement*, conclusión extraíble de la observación de la historia jurisprudencial desde el caso Napster, para determinar que muy excepcionalmente ocurre la aplicación del mencionado criterio (Ortega, 2010-2011, p. 323).

En el sistema jurídico del *civil law*, en el que los tribunales no son creadores de derecho y las reglas de imputación de responsabilidad son más estrictas, a diferencia del caso norteamericano; no parece posible determinar jurídicamente la ilicitud de los programas P2P ni imputar responsabilidad a sus creadores, toda vez que si bien

sus creadores distribuyen una obra de su autoría (el software), que está destinado al intercambio de cualquier tipo de archivos, protegidos o no, no realizan actos de reproducción ni de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición (Ortega, 2010-2011, p. 324).

De por sí, en el derecho español no existe un precedente judicial que declare la ilicitud de este tipo de programas, toda vez que en sí la tecnología es neutra, es decir, si se tiene en cuenta que existen ejemplos de un adecuado uso de la tecnología P2P debiéndose optar por no satanizar a los autores ni a este tipo de programas de ordenador sino por perseguir la imputación de responsabilidad a aquellos que utilizan esta tecnología vulnerando derechos o beneficiándose directamente de tal vulneración (Ortega, 2010-2011, p. 326).

Dejándose enunciada la anterior aclaración, a continuación se puede ver que en la legislación española, respecto a la aplicabilidad de los requisitos de la copia privada, para hacer beneficiario de este límite a usuarios de redes P2P, algunos requisitos encuentran compatibilidad, pero en otros quedan serios cuestionamientos.

Art. 31, 2: No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el

artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y en aplicación del artículo 99 - a), los programas de ordenador. (Reino de España, 12 de abril de 1996, Ley de Propiedad Intelectual (LPI). Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia).

Del mencionado apartado normativo, emanan cuatro requisitos, exigidos para la operatividad de la copia privada:

- a. Divulgación de la obra,
- b. Uso privado,
- c. Acceso lícito a la obra,
- d. No sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa. (La copia obtenida).

De los cuatro requisitos citados, la concurrencia de los dos primeros es indiscutible, toda vez que las obras intercambiadas por los usuarios en redes P2P, indudablemente ya *han sido divulgadas*, introducidas y comercializadas en el mercado y en la mayoría de los casos su utilización es para el mal llamado *uso privado*, que es realmente *uso personal* no colectivo (Ortega, 2010-2011, p. 332).

Respecto de los dos requisitos subsiguientes, cabe advertir que EL ACCESO LÍCITO A LA OBRA ESTÁ SUPEDITADO A LA AUTORIZACIÓN DEL TITULAR PARA EL ACTO DE INTERCAMBIAR, intercambio en virtud del cual se da el acceso a

la obra, es decir, que quien pone a disposición tal obra debería contar con la autorización de dicho titular, situación que no es muy común en este tipo de redes (Ortega, 2010, p. 332); por otro lado frente al requisito de la no utilización colectiva ni lucrativa de la obra, se puede aceptar que por lo general quienes descargan archivos lo hacen para una utilización personal y no colectiva, salvo casos aislados, cuestión diferente es que tales descargas se hagan sin ánimo lucrativo; visto desde la perspectiva de que el lucro abarca la vertiente no solo del lucro activo sino del lucro pasivo (Ortega, 2010-2011, p. 333), es decir, el lucro que se obtiene por el ahorro del precio que habría que pagar por el uso de la obra²¹.

Continuando con la observación del entorno europeo, en Holanda, el Tribunal Supremo declaró legal el programa KaZaA, pronunciándose en el mismo sentido, frente a la providencia proferida por el Tribunal de Apelación de Ámsterdam,²² considerando el órgano de cierre que la empresa que elabora tales programas no es responsable del uso que los usuarios hacen de ellos, ni tiene control sobre los contenidos intercambiados, por consiguiente, no es infractor ni siquiera indirectamente de los derechos de los autores (Ortega, 201-2011, p. 325).

21 Ver: Ribas, 2003, El ánimo de lucro en intercambios P2P; Bercovitz, Rodríguez Cano, Y Marín López, 2007, Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio *peer to peer*, en especial, epígrafes VI.2 y VI.3.

22 Tribunal de Apelación de Ámsterdam, Sentencia de 19 de Diciembre de 2003.

En el contexto digital, valga la aclaración, la OMPI a través del *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)* adoptado en Ginebra el 20 de Diciembre de 1996, observa disposiciones generales contenidas en el *Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* y las contextualiza en el entorno digital, a través de disposiciones y sus correspondientes declaraciones concertadas mencionadas a continuación.

En este orden de ideas, el TODA fija en su artículo 1-4 la obligación de los países contratantes de observar los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna,²³ pero es la declaración concertada referente al mencionado artículo 1-4²⁴ la que establece que el derecho exclusivo del autor, de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma, consagrado en el artículo 9-1 del Convenio de Berna²⁵, y el régimen de excepciones y limitaciones al derecho exclusivo del autor consagrado en el artículo 9-2 de dicho convenio²⁶, son

plenamente aplicables al entorno digital y particularmente a la utilización de obras en forma digital; igualmente determina que el almacenamiento de una obra protegida, en un soporte digital, constituye un acto de reproducción.

Siguiendo con la idea acerca del direccionamiento interpretativo del artículo 9^{no} del *Convenio de Berna*, hacia el entorno digital contenido en el TODA, que en su declaración concertada referente al artículo 1-4 entroniza en dicho entorno el derecho exclusivo de reproducción²⁷; y de igual manera, entroniza en el entorno digital, el régimen de limitaciones y excepciones al derecho del autor²⁸; es pertinente adicionar que, por ende, la OMPI fija en el TODA en su artículo 10²⁹, un marco que debe ser observado por los Estados al abordar en su legislación interna disposiciones sobre régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, que en virtud de la declaración concertada referente al artículo 10³⁰ enfatiza la regla de los tres pasos

23 “Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna.”(OMPI, 1996, Art. 1, num. 4).

24 “El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna.” (OMPI, 1996, Declaración concertada respecto del Artículo 1.4).

25 “Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.” (OMPI, 1996, Art. 9).

26 “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal

de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.” (OMPI, 1996, Art. 9, num. 2, posibles excepciones).

27 Léase, Art. 9-1, del convenio de Berna

28 Léase Art. 9-2, del convenio de Berna.

29 “Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor” (OMPI, 1996, Art. 10.1).

“Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.” (OMPI, 1996, Art. 10.2).

30 “Queda entendido que las disposiciones del artículo 10^o permiten a las partes contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal

inspirada por el *Convenio de Berna*³¹ en el entorno digital.

En éste entorno; el criterio orientador, denominado función social de la propiedad y el criterio limitador de derechos, entendido como bien común, del cual se desprende el régimen de excepciones y limitaciones al derecho del autor, encuentra total aplicación toda vez que si bien los autores en el contexto digital pueden adoptar *medidas tecnológicas de protección*, que impidan el acceso o reproducción ilegal a sus obras protegidas, tal facultad se encuentra limitada por determinados *usos y fines autorizados* que imponen la carga al titular del derecho de aceptar el acceso y reproducción por parte de terceros legitimados para tal fin, siempre y cuando cumplan determinados requisitos en aras de garantizar que tal ejercicio de la propiedad genere réditos comunes, cultural, social, académica y tecnológicamente.

Y es que la facultad del titular del derecho de autor, de prohibir conductas a terceros y de adoptar las medidas tecnológicas en el contexto digital, para restringir el acceso y reproducción no autorizada, no puede impedir el ejercicio del régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor inspirado en la función social de la propiedad y necesario para el bien común,

como las hayan considerado aplicables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las partes contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el artículo 10.2 no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el convenio de Berna" (OMPI, 1996, Declaración concertada respecto del Artículo 10).

31 Léase, Art. 9-2 del Convenio de Berna.

por consiguiente, se encuentran disposiciones contenidas en el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Estados Unidos y Colombia acerca de dichas *medidas tecnológicas de protección* que controlan el acceso a las obras divulgadas e introducidas al mercado en el entorno digital, en relación a las excepciones y limitaciones al derecho del autor para exigir legalmente la inviolabilidad de tales medidas; asimismo la *Digital Millenium Copyright Act*, (DMCA) de 1998 introduce en su segunda parte las denominadas *Anti - Circumventions Exemptions*, casos y eventos en los que se permite por vía de excepción superar las medidas tecnológicas de protección adoptadas por los titulares, sin que tal proceso sea calificado como irregular e ilegal (Ríos Ruiz, 2009, *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*, p. 288).

En materia de software, el TLC prevé la facultad de que cada parte suscriptora del tratado delimite las *excepciones y limitaciones* a las *medidas legales de implementación* adoptables por las partes suscriptoras, contra la elusión de *medidas tecnológicas efectivas* tendientes a impedir la reproducción o acceso no autorizado a una obra protegida; excepciones y limitaciones que aplicarán siempre y cuando tales actividades elusivas versen sobre determinados propósitos, para los que se limita el alcance sancionatorio de tales *medidas legales de implementación* que proporcionan protección e instrumentos jurídicos contra la elusión de *medidas tecnológicas de protección*, autorizando total o parcialmente actos tendientes a eludir tales medidas tecnológicas morigerando el alcance prohibitivo de tales conductas típicas; en hechos como:

Actividades no infractoras de ingeniería inversa, respecto a la copia obtenida legalmente de un programa de computación, realizado de buena fe, con respeto a los elementos particulares de dicho programa de computación, que no han estado a disposición de esa persona, con el único propósito de lograr la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas”.

De igual manera el TLC, por excepción contempla la posibilidad de eludir una medida tecnológica de protección en actividades realizadas por un investigador calificado, que obtenga una copia lícitamente y que razonablemente se pueda inferir que hizo un esfuerzo para obtener la autorización de realizar actividades tendientes exclusivamente a identificar y analizar fallas y vulnerabilidades en las tecnologías existentes, para a través de la codificación y decodificación darle solución o mejora al problema encontrado. (Ríos Ruiz, 2009, p. 288).

Asimismo, la DMCA en materia de software prevé eventos y excepciones mediante los cuales se permite la elusión de *medidas tecnológicas de protección*, verbigracia, en casos como:

En programas de computador y videojuegos distribuidos en formatos que hayan quedado obsoletos,³² es decir que requieran de un soporte original o *hardware* como condición de acceso, que ya no se fabrique, o se encuentre razonablemente fuera del mercado comercial, cuando se logre la elusión a efectos de la con-

servación o reproducción de un archivo digital de las obras publicadas por una biblioteca o archivo, es un evento en el que se configura una excepción a la prohibición de eludir una medida tecnológica de protección. (Ríos, 2009, p. 289).

A. Tendencias dirigidas a exacerbar la función social de la propiedad intelectual.

La función social en materia de propiedad intelectual encuentra focos catalizadores de tales preceptos, denle casos como el denominado *copyleft* y el *creative commons*; la primera tendencia mencionada; el *copyleft*³³, en materia concreta de *software libre*³⁴, también denominado programa GNU³⁵, se constituye como una herramienta idónea para garantizar a todos los usuarios la libertad de copiarlo, modificarlo y distribuirlo libremente, evitando que en algún momento de la cadena de circulación del código fuente, algún usuario lo convierta en un produc-

³² Entiéndase por formato obsoleto si la maquina o el sistema necesario para hacer perceptible una obra almacenada en aquel, ya no se fabrica o se encuentra fuera del mercado comercial.

³³ El *copyleft*, se hace posible y parte de la base del *copyright*, para que el software no quede bajo dominio público, pero con unos TÉRMINOS ESPECIALES DE DISTRIBUCIÓN contenidos en la *licencia pública general* (GPL) que dota a todos los usuarios en la cadena de circulación del código, de los derechos a utilizar, modificar y redistribuir el código fuente del programa o de cualquier versión derivada del mismo, siempre y cuando los términos de distribución no sean ignorados, consiguiendo así que el código y las libertades impuestas por los términos de distribución del *copyleft* sean legalmente inseparables. (Sistema Operativo GNU, s.f., ¿Qué es copyleft?)

³⁴ Ante un software libre, los usuarios pueden optar por cualquiera de las siguientes libertades: (i) Ejecutar el programa con cualquier propósito; (ii) estudiar el funcionamiento del programa y adaptarlo a sus necesidades, para esto previamente se requiere el acceso al código fuente; (iii) distribuir y redistribuir copias; (iv) mejorar el programa y poner estas mejoras a disposición del público, para esto previamente se requiere el acceso al código fuente (Sistema Operativo GNU, s.f., ¿Qué es GNU?).

³⁵ GNU, es un acrónimo recursivo, que significa que dicho sistema operativo **GNU, Is - Not - Unix**, es decir que el Software Libre **GNU, Is - Not - Unix**.

to *privativo* o *propietario*, es decir, el *copyright* faculta a su titular para imponer condiciones, restricciones y limitaciones, dentro de las cuales puede incluir términos especiales de distribución *copyleft*; que saca al software del *dominio público*³⁶ e impide a quien realice mejoras, actualizaciones, estudios o cualquier uso sobre un software libre, que al distribuirlas o redistribuirlas imponga alguna restricción que afecte las mencionadas libertades, convirtiendo el GNU en *software propietario* o *privativo*,³⁷ práctica que es común en el medio y cabe advertir que es totalmente lícita, siempre y cuando el software libre sea de dominio público.

Los principios que inspiran el software libre, que se garantizan a través del uso del *copyleft*, se alcanzan mediante la adopción del sistema de licencia pública general, (*Public General License/GPL*) contenida en un clausulado que define los términos y el alcance de las condiciones de distribución y redistribución del software libre (enunciado también como GNU - GPL³⁸), licencia que forma parte de cada una de las distri-

buciones que se hace del código fuente de los programas de computador GNU. (Ríos, 2009, p. 288-289).

En el mismo sentido, la segunda tendencia mencionada: *creative commons*, persigue identificar cuáles obras objeto del derecho de autor pueden ser copiadas y distribuidas por terceros bajo condiciones definidas por los autores a través de un set de herramientas legales denominadas como *licencias creative commons*, que faculta a los autores para definir los términos en que sus obras pueden ser usadas, qué derechos desean entregar y bajo qué condiciones, situación que marca un cambio de paradigma en la concepción del derecho de autor, de la tradicional premisa: “todos los derechos reservados”, a una más flexible: “algunos derechos reservados”. Las *licencias creative commons* buscan estimular la reutilización creativa informando al usuario sobre qué obra recae este tipo de licencia, qué derechos entrega y en qué condiciones; cabe advertir que el mencionado instrumento no aplica para software, toda vez que las *licencias creative commons* en ningún apartado hacen referencia a códigos fuente ni códigos objeto, además tales licencias tampoco han sido certificadas por la *Open Source Initiative*, encontrando que las licencias idóneas para ser empleadas en materia de software, son las planteadas por la *Free Software Foundation* y la *Open Source Initiative* (Creative Commons Colombia, s.f., Preguntas frecuentes).

36 El software de *dominio público* es aquel que no ha sido cobijado con *derechos de autor*, para el caso del software libre, cuando el código fuente es de dominio público implica que las copias y versiones modificadas pueden ser protegibles con derechos de autor convirtiendo tales resultados en *software privativo* o *propietario*. Cuando el software libre es de dominio público se denomina *software libre sin copyleft*.

37 El software libre básicamente puede ser de *dominio público* (*software libre sin copyleft*) o protegido por las *normas del derecho de autor* y del *copyright con copyleft* y, es precisamente por las facultades que nacen para el titular que se le permite otorgar licencias abiertas y específicas que permiten el uso, distribución y redistribución por terceros, *pero que evitan que esos posteriores usuarios le introduzcan restricciones a los resultados o a las libertades centrales o mejoras así logradas*, lo descrito es lo que la doctrina a denominado como derechos de *copyleft*. (Ríos, 2009, p. 284-288).

38 Licencia pública General (GPL) de software libre o programa GNU (Is - Not - Unix).

III. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD RIÑE CON LA HIPÓTESIS DE PATENTAR EL SOFTWARE

La hipótesis de la patentabilidad del software se constituye como un planteamiento incompatible con la función social de la propiedad, toda vez que dicha función preconiza un equilibrio entre los intereses económicos de los agentes que confluyen en un espacio económico, en cuanto a que tales múltiples intereses comprendidos como; libre competencia, consumo, derecho a la expresión, acceso a la propiedad, incluida la intelectual, etcétera, encuadren dentro del engranaje propio de la dinámica del beneficio colectivo.

La propiedad intelectual y la libertad económica, intrínseca en dicha forma especial de la propiedad, no es ajena a la función social y al bien común, toda vez que tales derechos de propiedad inmaterial, reconocidos vía derecho de autor o vía propiedad industrial, que naturalmente otorgan a su titular derechos económicos deben ser encauzados y limitados por la función social y el denominado bien común.

Por lo tanto es necesario definir lo que en materia de propiedad intelectual es la función social y el bien común, comenzando por decir que el Estado debe regular e intervenir armónica y proporcionalmente la economía, observando la libertad económica de los particulares pero garantizando la consecución de los ideales de equidad, igualdad y justicia para los ciudadanos, en aspectos coyunturales del desarrollo

de la nación, como el acceso a la facultad de producir intelectualmente y que tal expresión pueda ser protegida de manera posible, u otros aspectos coyunturales de la economía como la libre competencia en los mercados, factor del cual se desprenden múltiples variables que tocan de frente al ciudadano, en temas como el empleo, el consumo, etcétera.

La facultad de producir intelectualmente es un derecho ligado a la misma *expresión* y al derecho a la *protección de la propiedad intelectual* contenidos el bloque de constitucionalidad³⁹, así, se puede afirmar que si un Estado permite un cambio de régimen que limite o desincentive el acceso a la expresión susceptible de ser protegida a través de la institución jurídica de la propiedad intelectual, permitiendo la creación de fuertes barreras de acceso; es de esperarse que tal producción intelectual y la expresión susceptible de ser protegida se convierta en un derecho exclusivo de las clases empresariales que cuenten con los medios económicos para cumplir exacerbados requisitos y superar exuberantes barreras.

Por lo tanto, el derecho a la expresión susceptible de protección jurídica no puede ser erradicado ni limitado por intereses neoliberales⁴⁰,

39 La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 27, así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XIII, consagran el derecho de autor como un derecho humano. El artículo 61 de la Constitución Política de Colombia, en observancia de lo anterior, eleva a rango constitucional la protección de la propiedad intelectual.

40 El modelo económico neoliberal se impuso en el mundo en respuesta a una doble crisis: la del *intervencionismo en los países capitalistas* y la ocurrida por la *caída del socialismo*. Por un lado, en los años setenta las políticas intervencionistas establecieron regímenes políticos conservadores en Inglaterra y Estados Unidos, en los años ochenta la cri-

que hasta el derecho a producir y aportar ideas para el desarrollo, bajo un asequible régimen de propiedad intelectual, persigue sacar del acceso público y poner en manos de segmentos particulares, evento en el cual el Estado, siguiendo la doctrina constitucional que se ha venido desarrollando al respecto (función social de la propiedad), está en el deber de propender porque entre los sectores académicos, políticos y sociales se generen espacios y dinámicas de expresión y reflexión que conlleven a la cohesión social, al sano debate y sobre todo a la elaboración de conclusiones que aporten a la evolución, desarrollo y progreso del país. En ese orden de ideas, tales espacios y dinámicas de expresión y reflexión solo se pueden construir incentivando la expresión del espíritu, vía una protección jurídica expedita y efectiva de tales formas de expresión, que no presente talanqueras ni dificultades que constituya una motivación valiosa para los pensadores, ya que las políticas públicas en materia de apoyo a investigadores en términos generales es inexistente.

sis de la deuda latinoamericana, hizo evidente que el proteccionismo en tales países estaba en crisis y, por otro lado, la caída del socialismo y la resultante búsqueda desesperada de establecer un régimen de mercado en la antigua Unión Soviética. (Kalmanovitz, Salomón, 1993, *Economía política de la apertura*, p. 101).

El neoliberalismo tiene como elementos característicos; *la apertura, la privatización y la desregulación* de materia económicas. Dicho neoliberalismo, como modelo económico del sistema capitalista, naturalmente responde a criterios básicos de dicho sistema tales como la protección de la "propiedad privada" y la "dominación de clase", expresiones virtualmente homogéneas que conforman una categoría dogmática denominada *propiedad capitalista*, salvo que nos encontráramos en presencia de un esquema de "producción simple de mercancías", en la que cada productor posee sus propios medios de producción y trabaja con ellos, donde sí se materializaría la definición de "propiedad privada" de la concepción Marxista, quien es consciente de que tal situación es utópica. De lo anterior se concluye que el neoliberalismo persigue concentrar todo tipo de propiedad, incluida la propiedad intelectual, para que se materialice la concepción capitalista de disparidad de "clase" y por ende dominación de clase. (Sweezy, 1979, p. 269-369).

Como se venía comentando en materia de propiedad intelectual, orientado su análisis desde la función social de la misma y del bien común como limitante de las libertades económicas del titular, se ha pensado en fórmulas para garantizar la libertad de acceso a la información y a la cultura por parte del público, protegiendo los intereses patrimoniales y morales de los autores y creadores en entornos como el digital, sin caer en la denominada cultura *ciber gratuita* o *ciber parasitaria* (Ortega, 2010-2011, p. 322-323).

Inherente a la función social de la propiedad se encuentra la equidad, igualdad y justicia, como preceptos rectores respecto del acceso a tal derecho de propiedad, tal como lo consagra el artículo 60 de la Carta Magna de 1991, apartado que impone la carga al Estado de promover el acceso a la propiedad de acuerdo a la ley, acceso que por supuesto no puede ser desconocido en materia de propiedad intelectual, aclarando que tal promoción señalada en el texto constitucional se materializa a través de políticas públicas tendientes a incentivar la producción intelectual y a proteger tales formas de expresión vía regulaciones que observen criterios costo-beneficio ponderando el interés general de la economía y la prosperidad de sus gentes con los intereses *neoliberales* de privatizar el acceso a la propiedad intelectual, que tienen como fin, monopolizar la producción intelectual susceptible de ser protegida y por consiguiente su explotación.

Por otro lado, la patentabilidad del software ataca indirectamente el *derecho de asociación*,

en virtud del cual se generan formas efectivas de cohesión, de pensamiento colectivo y diálogo social, propendiendo por la desarticulación de comunidades y asociaciones que tienen por objetivo común la búsqueda y aporte de soluciones a múltiples problemáticas de la sociedad mediante la tecnología–software, por ejemplo, la asociación de software libre, (*Free software foundation*) o grupos académicos de investigación como la línea de telemedicina de la Universidad Manuela Beltrán⁴¹.

A. Implicaciones económicas de abolir el derecho de autor como régimen de propiedad intelectual del software, sobre la función social y el bien común

Las creaciones del espíritu se correlacionan directamente con la cultura de un país y entiéndase cultura como toda aquella producción intelectual de sus gentes, así entonces se puede clasificar tal producción en; *cultura verdadera* y *cultura de masas*, la primera caracterizada por generar externalidades positivas⁴² y la segunda caracterizada por generar réditos para el creador y no para el bien común.

41 Ver: <http://sistemas.umb.edu.co>

42 *Externalidad* es un concepto semejante a *costo social* y radicalmente diferente al *costo privado* de transacción del agente encargado de la realización de una actividad, es decir, el precio del *costo privado* de transacción de una actividad, no incorpora ni refleja el precio de las externalidades positivas o negativas generadas con dicha actividad. (Posner, Landes y Kelman, 1987, *Análisis Económico del Derecho*, p. 6).

“Cuando los beneficios en la producción de un bien determinado no son apropiados únicamente por el productor privado, sino que también la sociedad entera se favorece por las consecuencias beneficiosas que genera el consumo de este bien, se presentan externalidades positivas”. (Melo, y Machicado, 2001, p. 58).

La *cultura verdadera* encierra creaciones tales como:

Libros y artículos técnicos-especializados que aportan al conocimiento específico de una disciplina. (Ej. Textos sobre ciencias jurídicas, políticas y sociales, ciencias puras, ciencias de la salud, ciencias económicas; etc.).

Libros y textos enmarcados en los distintos géneros literarios que contribuyen al conocimiento y a la identidad cultural de un pueblo. (Ej. Novelas y crónicas de Gabriel García Márquez, Álvaro Mutis, Germán Castro Caicedo y de todo autor que genere similares aportes; poesía, de Julio Flores, Jorge Luís Borges, Pablo Neruda, José Martí y de todo autor que genere similares aportes).

Composiciones musicales elaboradas y no elaboradas que contribuyen a la formación académica de conservatorio y resaltan el folclor de las regiones. (Ej. Música clásica de Strauss, Wagner, Chopin, Mozart, Bethoven y de todo autor que genere similares aportes, que funge como referente en la docencia y conocimiento académico de la música. // Ritmos autóctonos como la música andina, expresiones de los cuatro aires del vallenato, música llanera, ritmos afro descendientes, etc., que estructuran el componente histórico y la identidad de una región).

Muestras de pintura y *bellas artes* que aportan al desarrollo de las distintas técnicas y al disfrute de los interesados en apreciar tales obras. (Ej. Pinturas y esculturas de Fernando Botero, Alejandro Obregón, Hernando Tejada, Sofía Vari, Miró y de todo autor que genere similares aportes).

Los programas de ordenador, que como expresión original del intelecto, aportan al desarrollo de múltiples funcionalidades en áreas como la medicina, y la educación especial para estudiantes con “discapacidad” física o cognitiva. (Ej. En la Universidad Manuela Beltrán, (Bogotá) estudiantes han creado un aplicativo para facilitar la comunicación de personas con parálisis cerebral⁴³; en la misma universidad, estudiantes han desarrollado una herramienta que permiten monitorear los signos vitales de un paciente a través del teléfono celular⁴⁴.)

Describiendo lo que constituye *cultura verdadera* y habiendo enunciado algunos ejemplos, fácilmente se puede establecer qué es *cultura de masas* sin enunciar ejemplos concretos.

Existen áreas de la industria cultural, tales como la mencionada *cultura verdadera*, que no es conveniente dejar exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda, sino por el contrario, en virtud de la función social y del bien común este tipo de productos son susceptibles de ser

protegidos vía propiedad intelectual, y es al Estado a quien le corresponde intervenir⁴⁵ con regulación y políticas públicas dirigidas a promover, incentivar y subsidiar tal segmento de la industria cultural estableciendo que el rasero para determinar qué tipo de obras habrán de recibir esta especial protección por parte del Estado; así pues, es la generación de externalidades positivas; es decir, que sea una producción cultural que aparte de generar beneficios para sus productores lo que las agruparía dentro de la clasificación de cultura verdadera.

Es un hecho notorio que las obras que conllevan externalidades positivas en materia de educación, identidad de las regiones, mitigación del analfabetismo, disfrute y promoción de las *bellas artes* y el sano esparcimiento; resultan del interés de un segmento muy reducido de la población, que es simplemente el capacitado para apreciar el arte y la literatura y por consiguiente ser consumidor de tales productos. Con respecto a los productos culturales de masas o productos culturales *show*, que por la mediata identidad sociológica que generan en un gran porcentaje de la población cuentan con fuerte difusión e introducción en los mercados, ocupando el total de los canales de *marketing*; debido a la gran demanda que sobre estos productos existe, es posible afirmar que resultan del interés de un amplio segmento de la población.

43 Las dificultades para comunicarse de un joven con parálisis cerebral, estudiante de Ingeniería de Sistemas de la Universidad Manuela Beltrán ubicada en Bogotá, fue la inspiración para un grupo de estudiantes que decidieron crear un aplicativo que convierte los textos en voz, que permite que con solo teclear la palabra el equipo la pronuncie en voz alta, facilitando con este medio la interacción del joven estudiante. Dichos estudiantes persiguen desarrollar tal software para teléfono móvil, de manera que convierta los mensajes de texto en voz. Entre otras ambiciones de los estudiantes del grupo creador está el desarrollo de dicha versión comunicativa de manera que a futuro el usuario no tenga que utilizar el teclado, sino con solo mover la cabeza controle el *mouse* del equipo. (Cabe resaltar que están trabajando sobre la versión de un programa de origen español que ejecuta esta función). (Redacción vida de hoy, 25 de octubre de 2010, ‘Software’ para que se comunique estudiante con parálisis cerebral).

44 El programa consiste en que bajo unos parámetros preestablecidos, el teléfono celular monitorea los signos vitales recibidos de un sensor, a través de bluetooth, que captura los datos del cuerpo del paciente, para en caso de hallar alguna irregularidad, enviar la alerta directamente al médico tratante. (Estudiantes bogotanos crean software para monitorear salud por celular, 21 de junio de 2010, *El Espectador*).

45 El papel intervencionista del estado “consiste en que este tiene que entrar en juego y tratar de sustituir la ley de la oferta y la demanda por su propia acción. A menudo se interpreta esto como acción del estado en interés de los consumidores y de otros múltiples intereses” (Sweezy, 1979, p.349).

En este orden de ideas, si un Estado, vía regulación, modifica, adopta o implanta absoluta o parcialmente un régimen de protección de la propiedad intelectual del *software*, a través de patentes, ataca una forma de *cultura verdadera* por constituir una barrera para la obtención de protección jurídica de tal obra, puesto que impone al creador el requisito de superar el actual estado de la técnica, de la ciencia y de las fuerzas de la naturaleza y ya no solamente le baste cumplir con el requisito de originalidad, generando un considerable LUCRO CESANTE EN EL BENEFICIO COMÚN, PRODUCTO DEL DIRECTO DESINCENTIVO A CREAR para los programadores y demás actuales y futuros talentos que confluyen en el desarrollo de los programas de ordenador, por traducirse en graves repercusiones patrimoniales y morales para estos, toda vez que les IMPOSIBILITA EL ACCESO a la propiedad intelectual de un activo inmaterial de su creación y asimismo, como efecto colateral, le mengua su derecho a la expresión susceptible de ser apropiable, ocasionando el estancamiento de la indispensable evolución del estado del arte en materia de ingeniería de software.

B. La función social de la propiedad intelectual manifestada en el software libre, otra gran baja con la hipótesis de patentar el software

Algunas voces por parte de la doctrina y de la industria, como por ejemplo la Alianza Eurolinux, han manifestado que la tendencia de patentar el software es una respuesta de los productores de software propietario, frente al movimiento que tiende a establecer sistemas

de código abierto (open source) y software libre (Ríos, 2009, p. 280). Es que optar por el régimen de patentes para la protección de la propiedad intelectual del software desnaturaliza los principios que inspiran el software libre, que a su vez se garantizan mediante el *copyleft*, que se incluyen en las licencias públicas generales (GPL) para definir los términos y el alcance del uso, distribución y redistribución con o sin modificaciones, del software libre.

Tal desnaturalización consiste en que al dejar de ser libre el código fuente de los programas GNU, se erradica la posibilidad de generar un aporte a la comunidad, representado en aquella base a partir de la cual muchos usuarios pueden acceder a su uso, distribución y redistribución libre, que produce un efecto “bola de nieve” para el crecimiento y avance tecnológico en materia de desarrollo de software, que ofrece múltiples utilidades para distintas actividades industriales y no industriales, verbigracia en el plano educativo, lúdico, etc., pero sobre todo en la posibilidad de acceder a este tipo de programas de una manera gratuita u onerosa, sin que tal calidad de adquisición impida que el adquirente modifique y redistribuya el código fuente.

Por tanto, las patentes de software generan un daño en el bien común, representado en un lucro cesante, en cuanto a los proyectos que gracias al software libre se podrían emprender y que por razón de tal patentabilidad se impediría su realización; esto se puede evidenciar si se entiende que de ser patentado el acceso al código fuente entonces el software dejaría de ser libre, pues sus creadores lo colocarían en el mercado única-

mente bajo el derecho de exclusividad propio de la patente, suprimiendo las bondades y facultades inherentes al *software libre*⁴⁶, *sin copyleft*,⁴⁷ o *con copyleft*, este último que solo es posible teniendo como base al *copyright*.⁴⁸

Según Richard Stallman las patentes de software constituyen una representativa amenaza que pueden colocar algoritmos fuera del alcance del software libre hasta por veinte años; tal como se evidencia en la pasado, por ejemplo, en el año 1983 se solicitó la patente del algoritmo de comprensión LZW, hecho que ha impedido la posibilidad de publicar software libre que produzca GIFs adecuadamente comprimidos, por tanto, en el año 1998 se hizo necesaria la suspensión de la distribución de un programa libre, para la generación de audio comprimido en MP3, para evitar un juicio por patentes. Según Stallman, una patente de software puede llevar a que todo software libre siempre carezca de alguna característica que los usuarios persiguen (Sistema Operativo GNU, s.f., ¿Qué es GNU?), debido a que tales características pueden ser objeto de derecho de exclusividad.

El software libre se constituye como una muestra palpable de un ejercicio del derecho de propiedad orientado por la función social de la propiedad intelectual y limitado por el bien común, que potencia adecuadamente el desarrollo tecnológi-

46 Léase nota al pie, 62.

47 Entiéndase como de dominio público.

48 Al respecto Richard Stallman considera: "el copyleft es una forma de usar los derechos de autor en un programa. No implica abandonar los derechos de autor, ya que, si se abandonasen, el uso del copyleft sería imposible". (Sistema Operativo GNU, s.f., ¿Qué es copyleft?).

co y el acceso de manera libre en pro de la sociedad, toda vez que promueve, en virtud de tal acceso libre y sin viabilidad de que se privatice en la cadena de distribución, la posibilidad de que en tal proceso de distribución, modificación y redistribución tal obra alcance niveles técnicamente superiores en el estado del arte, encontrando que las patentes se constituyen como un factor que detiene su desarrollo, en la medida que entre más características patentadas existan, menor espacio tendrá el avance del software libre (Sistema Operativo GNU, s.f., ¿Qué es GNU?).

Por ejemplo, en el caso Colombiano, desde la década de los noventa el país ha estado vinculado al emprendimiento y desarrollo de proyectos inherentes al movimiento del software libre o de código abierto (*open source*), dinámica que tanto en el sector privado como en el sector público y en el mundo académico, ha arrojado resultados exitosos (Ríos, 2009, p. 290–291).

En el sector privado, por ejemplo, la Cámara de Comercio de Bogotá, la Bolsa de Valores de Colombia, el Banco Popular, Empresas Públicas de Medellín, Colnodo, Orbitel, Parque Tecnológico del Software, Maloka y franquicias como Carrefour han adoptado la operación de *software libre* para el manejo de sus comunicaciones, sitios Web, para la conexión de sus equipos a la red y realizar la infraestructura de seguridad informática y control de gestión de redes (Ríos, 2009, p. 290–291).

Asimismo, en el sector público entidades como el Ideam, las Fuerzas Armadas de Colombia principalmente la Armada Nacional, el Instituto

Geográfico Agustín Codazzi, Telecom, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y la SIC., emplean la tecnología del *software libre* con similares propósitos a los de los entes privados ya mencionados (Ríos, 2009, p. 290–291).

En el medio académico, científico y de investigación la Universidad de los Andes, la Universidad Nacional de Colombia, la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad de Antioquia, la Universidad del Valle, la EAN, la Universidad San Buenaventura, la Universidad de Manizales, la Universidad Industrial de Santander, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, entre otras, constituyen un espacio en el cual el movimiento del *software libre* en Colombia ha encontrado acogida y un desarrollo palpable, verbigracia, en febrero de 2003 la Universidad de los Andes, a través de su departamento de Ingeniería de Sistemas, con el auspicio de Sun Microsystems, llevó a cabo el evento *Software libre en Colombia: una realidad*; presentando una visión aplicada de esta tecnología en Colombia a partir de los proyectos adoptados para entonces en instituciones nacionales y desde las perspectivas de las empresas del sector frente al futuro del software GNU-Linux. Estos avances, que no solo se dan en Colombia sino en múltiples latitudes, se ponen en riesgo inminente con la patentabilidad del software (Ríos, 2009, p. 290–291).

IV. CONCLUSIÓN

Como se evidencia en el recorrido histórico y teórico presentado a lo largo de este trabajo sobre la institución jurídica de la función social de

la propiedad, en la que participa la propiedad intelectual no solamente en el contexto tradicional sino en el entorno digital –idea que con el tiempo la doctrina y la jurisprudencia irá decantando- es necesario sentar reglas claras sobre la política pública y legislativa que se debe adoptar en esta materia.

La política pública y legislativa sobre la institución jurídica de la función social de la propiedad aplicada en el entorno digital se hace urgente, pues el *riesgo moral* (obtención de ventajas transaccionales mediante astucia) que afronta un mercado en el que cada vez más pierde espacio la *cultura verdadera*, es decir, aquella que genera externalidades positivas, frente a la cultura de masas, marca el derrotero de la desaparición de este tipo de cultura y la que se crea puede llegar a subsistir es presa fácil de los intereses neoliberales.

La función social de la propiedad no se puede confundir en ningún momento con una puerta abierta a la desprotección de los autores, ni de sus derechos como tales, es decir, la función social no diluye el derecho a prohibir, *ius prohibendi* en cabeza del titular, en aras de mancillar sus intereses económicos o promover una cultura de violación sistemática, de los derechos del creador, sino que por el contrario es un criterio para señalar el papel que tal forma especial de la propiedad debe cumplir en la evolución del país, sin que sea óbice para el normal transcurso de la construcción colectiva pero dentro de la cultura de la legalidad, entendiendo que las excepciones y limitaciones al derecho de autor son excepciones al alcance de tal derecho y en

ningún caso derechos sustanciales de los usuarios o consumidores.

El costo de sacrificar los descritos beneficios colectivos, obtenidos del efecto positivo emanado de las creaciones intelectuales inherentes a la *cultura verdadera*; en atención de intereses particulares que pretenden exacerbar sus retornos económicos a través de procesos de “reingeniería jurídica” es restringir al público la facultad de ser propietario de un activo inmaterial, por los costosos requisitos promovidos para la obtención del derecho, dificultando a los usuarios el acceso a este producto por alcanzar mayor onerosidad y por monopolizarse la oferta al segmento de creadores que puedan cumplir los requisitos para obtener una patente de software frente a una excesiva demanda.

La función social de la propiedad intelectual, observada desde los criterios propios de tal institución jurídica, rechaza la patentabilidad del software pues esta ignora el objetivo de armonizar la propiedad con los intereses del colectivo y desborda las facultades del titular, conferidas por el derecho de propiedad intelectual, en contra de la sostenibilidad de las externalidades positivas de la tecnología–software. En otras palabras, bajo el régimen de patentes, los réditos personales de los titulares no participan en los réditos colectivos venideros y obtenidos de esta tecnología.

Bibliografía

Aguirre Soriano, D. (2011). El posible impacto de la patentabilidad del software en la eco-

nomía colombiana. *Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 6. Recuperado de https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics99.pdf

Antequera, R. (1998). *Derecho de autor*. Caracas, Venezuela: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual SAPI, Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos*. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Bercovitz, R., Rodríguez, R., Cano, J., Y Marín López, J. (2007), Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio *peer to peer*. *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: Deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, 20, 365-406.

Comisión de las Comunidades Europeas. (1995). *Libro Verde. Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*., Bruselas, Bélgica: Comisión de las Comunidades Europeas.

Congreso de los Estados Unidos de América. (1998). *L. No. 105-304, 112 Stat. 2860. Digital Millennium Copyright Act of 1998*. Recuperado de <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

- Consejo Superior de la Judicatura-Sala Constitucional. (14 de septiembre de 1989). Sentencia Ref. Proceso 1903. Recuperado de <http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/tomo%201.pdf>
- Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado de <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>
- Creative Commons Colombia. (s.f.). Preguntas frecuentes. Recuperado de <http://co.creativecommons.org/preguntas-frecuentes-2/>
- Engels, F. (1982). *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado* (Vol. 221). Medellín, Colombia: Bedout.
- Estudiantes bogotanos crean software para monitorear salud por celular. (21 de junio de 2010). *El Espectador*. Recuperado de http://umb.edu.co/actualizaciones/software_espectador.html
- Jara Cristi, M. (2008). La tesis duguitiana: opinión del profesor Manuel Jara Cristi. En Pantoja Bauzá, R. (Ed.). *El concepto de derecho administrativo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Kalmanovitz, S. (1993). *Economía política de la apertura*. Bogotá: Indepaz.
- Krause, M. (2004). *Economía para emprendedores*. Bogotá: Aguilar.
- Lara, V. (1992). *La función social de la propiedad*. *Revista de Derecho Privado*, 10. Recuperado de http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri366.pdf
- Legis. (1990). *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, 217(XIX). Bogotá, Colombia: Legis.
- Lipszyc, D. (1993). *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, Argentina: Unesco- CERLALC-ZAVALÍA.
- Melo, D., Y Machicado, J. (2001). Una aproximación al impacto económico del derecho de autor en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 26, 53-82. Recuperado de http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri238.pdf
- Núñez, A. (2005). *Colección de Derecho Económico, Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley*. Bogotá: UEC.
- Organización Mundial de la Protección Intelectual. (1886). *Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas*. Recuperado de http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html
- . (1996). *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996*. Recuperado de http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html
- . (1980). *Glosario de la OMPI*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

- Ortega Díaz, J. (2010-2011). Redes P2P y la mal llamada cultura del compartir: el pulso entre el derecho de autor y las posiciones ciberlibertarias. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, (31), 319-346. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3795617>
- Posner, R., Landes, W., Y Kelman M. (2011). *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Reino de España. (12 de abril de 1996). *Ley de Propiedad Intelectual (LPI). Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*. Recuperado de <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/reals/lpi.html>
- Rengifo García, E. (1998). *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ribas, X. (2003). El ánimo de lucro en intercambios P2P. *Eb-Logs*. Recuperado de <http://vlex.com/vid/animo-lucro-intercambios-p2p-185818>
- Ríos Ruiz, W. (2009). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá, Colombia: Facultad de Derecho, Ediciones Unian-des, Editorial Temis S.A.
- Redacción vida de hoy. (25 de octubre de 2010). 'Software' para que se comunique estudiante con parálisis cerebral. *El Tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/ciencia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8202941.html
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarrios, su significación en América Latina*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Sistema Operativo GNU. (s.f.). ¿Qué es copyleft? Recuperado de <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.es.html>
- . (s.f.) ¿Qué es GNU? Recuperado de <http://www.gnu.org/home.es.html>
- Sweezy, P. (1979). *Teoría del desarrollo capitalista*. México D.F.: Fondo de la Cultura Económica.
- Tysver, D. (1993). The fair use statute. *Fair Use in Copyright*. Recuperado de http://www.bit-law.com/copyright/fair_use.html
- Torres, M. (2001). La copia para uso personal en el entorno digital. *Revista de Derecho Privado*, 26, 127-142. Recuperado de http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri235.pdf
- Universidad Manuela Beltrán. (s.f.). *Actualizaciones de software*. Recuperado de http://umb.edu.co/actualizaciones/software_UMB.html/