

“La propiedad intelectual,
derechos de autor y la era de las
nuevas tecnologías en El Salvador”

José Miguel Saravia Dueñas

LA PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHOS DE AUTOR Y LA ERA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL SALVADOR

José Miguel Saravia Dueñas.

RESUMEN

La propiedad intelectual ha sido desde la aparición de la imprenta objeto de protección por los cuerpos legales a través de la historia, desde las manifestaciones más básicas de la expresión de ideas humanas, hasta los grandes avances tecnológicos de la era digital en la que vivimos hoy en día, son objeto de protección de la propiedad intelectual más específicamente hablando de los programas de computadora o software, los cuales han tenido su más grande impacto en la llamada cuarta revolución industrial; esta cuarta revolución industrial, es la que, a través de las tecnologías de la información fomenta la actividad empresarial convirtiendo los activos intangibles en bienes de alto valor económico para las sociedades mercantiles, pero este derecho que faculta la propiedad intelectual, posee ciertas características que debe reunirse para poder brindar esta protección. No existe una postura única en cuanto a la naturaleza de protección de los derechos de autor, formando posturas eclécticas en cuanto a ésta, pero en lo que, si se pueden asemejar todas las posturas, es su determinación a resguardar el esfuerzo inventivo del autor y su necesidad de protección. En las relaciones mercantiles del comerciante, la propiedad intelectual se vuelve un factor determinante en su expansión y apertura a nuevos mercados tecnológicos y globalizadores la propiedad intelectual se vuelve vital para mantener las ventajas competitivas en la irrupción de estos nuevos mercados digitales.

PALABRAS CLAVES: Propiedad Intelectual - Innovación y Desarrollo - Derecho Patrimonial - Derecho Moral - Software - Cuarta Revolución Industrial - Registro - Patente.

INTELLECTUAL PROPERTY, COPYRIGHTS AND THE ERA OF NEW TECHNOLOGIES IN EL SALVADOR

José Miguel Saravia Dueñas.

ABSTRACT

Intellectual property has been the object of protection by legal bodies throughout history since the appearance of the printing press, from the most basic manifestations of the expression of human ideas, to the great technological advances of the digital era in which we live today, these are the object of intellectual property protection, more specifically speaking of computer programs or software, which have had their greatest impact in the so-called fourth industrial revolution; this fourth industrial revolution is the one that, through the information technologies, promotes the business activity turning the intangible assets into goods of high economic value for the mercantile societies, but this right that empowers the intellectual property, has certain characteristics that must be met in order to be able to provide this protection. There is no single position as to the nature of copyright protection, forming eclectic positions as to it, but what all positions can be similar is their determination to protect the author's inventive effort and its need for protection. In the commercial relations of the trader, intellectual property becomes a determining factor in its expansion and opening to new technological and globalizing markets, intellectual property becomes vital to maintain the competitive advantages in the irruption of these new digital markets.

KEYWORDS: Intellectual Property - Innovation and Development - Property Law - moral Law - Software - Fourth Industrial Revolution - Registration - Patent.

La propiedad intelectual, derechos de autor y la era de las nuevas tecnologías en El Salvador

José Miguel Saravia Dueñas¹

Introducción.

No se pueden negar los avances que día a día van alcanzando las sociedades modernas y la injerencia que esto tiene en el desarrollo de nuevas formas de comunicarse entre ellas, parte de esta forma de comunicación, es la propiedad intelectual, que de la mano de las nuevas herramientas tecnológicas llegan cada día a una mayor cantidad de receptores, produciendo ventajas económicas y cuantiosas ganancias a sus creadores; los cuales, al explotarlas necesitan de medios de protección legal para su utilización.

Los derechos de autor, tema principal de este artículo, contienen características especiales, las cuales se han analizado para poder comprender su diferencia con otro derecho aplicable a la protección de los programas de ordenador; es decir, los programas de computadora o software, son la manifestación típica del uso de la propiedad intelectual en la era tecnológica y que es un bien intangible de gran provecho para el comercio electrónico.

La propiedad intelectual, por ende es un derecho de vital importancia contemporánea en el tráfico mercantil y es necesario conocer su relevancia y a

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Master en Derecho Penal Económico por la Universidad de El Salvador; Posgrados en: Finanzas Aplicadas y Derecho Empresarial, por el Instituto Superior de Economía y Administración de Empresas (ISEADE); Especialista Certificado en Delitos Financieros por la Asociación de Especialistas Certificados en Delitos Financieros, ACFCFS de los Ángeles California, United State of America, 2019.

la vez los procedimientos de registro y tutela jurídica regulados en la legislación nacional y el tratamiento que a nivel internacional se le concede como elemento vital del comercio electrónico, en el presente artículo académico se busca plantear el estado actual de la propiedad intelectual y la relación de esta con el uso de las tecnologías de la información en el comercio electrónico.

I. La propiedad intelectual, ahora.

La mente humana, desde los principios de la sociedad, ha sido el activo más importante y la piedra angular del desarrollo social hasta las sociedades modernas como las conocemos, el ser humano siempre ha tenido aquella curiosidad innata de dar vida a sus ideas, transportar desde la idea abstracta de su mente hasta el mundo material, palpable y aplicable a la vida cotidiana.

En la era de las nuevas tecnologías, lo que hace unos años parecía imposible y que solamente era posible soñar o visualizar en novelas de ciencia ficción como algo irreal, utópico y producto de escritores soñadores que utilizaban estas ideas para asombrar a los lectores de las obras literarias y cintas cinematográficas, ahora, en el apogeo de la cuarta revolución industrial, surgida a partir del desarrollo computacional y del internet,² son posibles gracias a los enormes avances que la propiedad intelectual ha experimentado, y que gracias a su aplicación industrial y comercial ha facilitado y hecho más cómoda la vida de las personas así como la optimización de la industria.

La regulación de la propiedad intelectual, como mecanismo legal de protección de la ejecución de las ideas, fomenta la inversión de las empresas en la I+D (investigación y desarrollo), ya que los inversores de propiedad intelectual, se sienten seguros de que esa inversión, tendrá un retorno consistente en la recuperación de la inversión más otras ganancias económicas conocidas como regalías. Hasta hace poco se agregó un elemento más a esta fórmula I+D+I,

2 Mónica Bonnet, *Innovación y Propiedad Intelectual: Tendencias Siglo XXI* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 13.

(investigación, desarrollo e innovación), esta inversión que realizan las grandes corporaciones y empresas se ve reforzada en su protección como se mencionó anteriormente gracias a la intervención de la propiedad intelectual.

La propiedad intelectual en sentido amplio, es la forma de integrar en un mismo concepto el derecho de autor y los derechos de la propiedad industrial, estos últimos constituidos tradicionalmente por las patentes, marcas y diseños, a los que se han añadido otros posteriormente.³ La Propiedad Intelectual que desde una perspectiva liberal consentía la libre comercialización de las obras fruto del ingenio humano y la libertad de expresión, articulado en un conjunto normativo que permitía vislumbrar un fenómeno de codificación,⁴ dio lugar a entender la propiedad sobre la ejecución de las ideas y a explotar estas ideas con el ánimo de obtener ventajas económicas en la competencia de mercado de las sociedades modernas postindustriales.

La propiedad intelectual ha evolucionado a medida que ha sido codificada como ya mencionamos, esta evolución ha sido en aras de brindar una protección a los autores de ellas, frente a terceros que puedan copiar o desviar las ganancias económicas que estas pudieran generar, el fin de la empresa mercantil es la generación de ganancias, para lo cual destina capital en la investigación de nuevas tecnologías, ya sea para su propia explotación o para la obtención de regalías al enajenarlas o cederlas a un tercero por concepto de regalías.

En El Salvador, la Carta magna en su artículo 103, establece constitucionalmente el reconocimiento de la propiedad intelectual como un derecho de propiedad, la Ley de Fomento y Protección de la propiedad intelectual menciona que las disposiciones de esta ley tienen por objeto asegurar una protección suficiente y efectiva de la propiedad intelectual, estableciendo las bases que la promuevan, fomentan y protejan.

3 Miguel Ruiz Muñoz, *Derecho de la propiedad intelectual, Derecho de autor y Propiedad Industrial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 34.

4 Ángel López y López, "Propiedad Intelectual y Perplejidades del Derecho Civil", en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.2, abril-junio, Sevilla, Universidad de Sevilla (2015): 171-179.

El moderno derecho de bienes contiene aquellos activos de los llamados intangibles o inmateriales, que hoy corresponden a bienes absolutamente valiosos para las compañías y cuya protección jurídica se hace indispensable si se quiere tener éxito en el actual desarrollo de los negocios.⁵ La propiedad intelectual se ha vuelto indispensable en la sociedad moderna para el desarrollo del comercio, existen empresas que dirigen todos sus esfuerzos en robustecer las áreas de investigación y desarrollo de sus empresas, convirtiendo la propiedad intelectual en el activo de más importancia y de principal explotación de éstas.

El acelerado desarrollo de la propiedad intelectual en los últimos tiempos, coincide con la expansión global y “mercantilizadora” del sistema capitalista, se trata de una expansión en dos sentidos, pues no sólo ocurre geográficamente, sino que implica una proliferación cuantitativa de los objetos susceptibles de ser incorporados al mercado.⁶ El acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio⁷ de la organización mundial del comercio, demuestra la relación tanto entre la evolución del derecho mercantil y el avance de la propiedad intelectual como objeto de negocio en el mundo moderno.

Dentro del crecimiento económico la mayoría de modelos se basan en la idea que la innovación se lleva a cabo para obtener ganancias por medio de la introducción de nuevos productos, estos nuevos productos nacen del conocimiento humano, este conocimiento es utilizado por las empresas como producto o servicio y ofrecido al mercado para obtener ventajas competitivas

5 German Darío Flores y Salazar Mayra Duran, *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado* (Caracas: Universidad Católica de Colombia, 2017), 5.

6 Ana María Bonet de Viola, “La propiedad Intelectual como sistema asignativo moderno. Una genealogía Crítica de las normas vigentes de acceso al conocimiento”, en *Revista de la facultad de Derecho*, N° 45, (Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 2018), 4.

7 El Acuerdo ADPIC (conocido como TRIPs por su abreviatura del inglés Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) fue firmado en el ámbito de la OMC en 1994, durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, entró en vigencia en 1995 y es el principal instrumento internacional vigente en materia de PI. Contiene disposiciones en materia de patentes, derechos de autor, marcas, indicaciones geográficas y secretos comerciales, 15 de abril de 1994.

frente a otros entes económicos.

El empresario, debe entonces estar siempre vigilante e identificar las necesidades del mercado, la actividad de la competencia y los riesgos operacionales para revisar constantemente tanto la organización como los bienes y servicios ofrecidos a sus clientes,⁸ esta idea, es la que nutre esa función de innovación con respecto a las ideas, que son traducidas en propiedad intelectual, ya sea como Derecho de autor o como propiedad intelectual.

La teoría de la capacidad dinámica⁹ empresarial es aplicable al fenómeno de aumento y utilización de la propiedad intelectual en las empresas modernas, esta capacidad de las empresas de crear nuevos productos en los entornos comerciales cambiantes genera a las empresas más y mejores oportunidades de negocios. La tecnología digital y las redes informáticas constituyen el desafío más reciente para la propiedad intelectual, cuestionando incluso las categorías tradicionales de obras y su tratamiento (al permitir traducirlas todas a soporte digital), así como de los derechos o facultades integrantes de aquella (dificultad de distinción entre derechos de reproducción, comunicación, distribución),¹⁰ los derechos de propiedad intelectual han seguido la línea de la capacidad dinámica, adaptándose y convirtiéndose en el pilar fundamental de las nuevas tecnologías, tanto en el mundo virtual como en los diseños de los aparatos tecnológicos y la aplicación en la industrias en maquinarias de mayor y mejor producción.

La propiedad en la industria contemporánea, se ha expandido en diferentes actividades económicas, un ejemplo de esta es el comercio electrónico, que se ha diversificado a nivel mundial, la industria del software, es otra que actualmente atrae millones de dólares en inversión a las grandes corporaciones, ejemplificando que distantes están aquellos tiempos en los cuales la propiedad industrial era el principal ejemplo de propiedad intelectual en la organización.

8 Mónica Bonnet, *Innovación y Propiedad Intelectual- tendencias Siglo XXI*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 20.

9 *Ibid.*, 23.

10 José Carlos Erdozain, *Manual de Propiedad Intelectual*, 9ª Edición (Valencia: Tirant Lo Blanch 2019), 49.

Como podemos observar la protección de la propiedad intelectual es tan importante como su creación y desarrollo, el tutelaje que el estado ejerza sobre esta fomentara a que mas personas trabajen e inviertan, ya que el ordenamiento jurídico les brindara la seguridad jurídica necesaria para hacer valer sus derechos morales y patrimoniales de su creación.

II. La era digital y la PI.

La propiedad intelectual, ha ido evolucionando cada día más, desde la invención de la imprenta en el siglo XIV, en 1439, hasta los tiempos modernos en los cuales el principal medio de comunicación social es el internet, las redes sociales, y el entorno tecnológico. Estas herramientas han brindado mayores ventajas a los creadores de contenido intelectual, pero al mismo tiempo traen consigo desventajas como el plagio, la utilización no autorizada de material protegido por derechos de autor y la piratería de obras masivamente, por la facilidad con las que es posible la reproducción de estas obras gracias al uso de las tecnologías de la información.

Los problemas de la construcción dogmática de la propiedad inmaterial tienen una honda raíz filosófica, que va a gobernar todas las polémicas sobre su encuadramiento dogmático, y que se remonta a la contraposición de la visión de Kant con la de Bentham en relación con aquella propiedad. Para el primero la propiedad intelectual refleja la indisolubilidad del objeto y el sujeto, ya que no existe un objeto del mundo exterior dado que la creación del ingenio no es sino una manifestación de la esfera personal. El segundo, se plantea algo bien distinto: si el producto del ingenio es útil puede ser infinitamente reproducido y por consiguiente puede ser vendido con lo que la creación del intelecto se disocia como objeto de su sujeto creador, y puede entrar fácilmente del derecho de propiedad, y no en las categorías de los derechos de la personalidad. Estas dos visiones, se han pretendido conciliar como es notorio con la dicotomía derecho

moral de autor, derecho patrimonial de autor y sus difíciles soluciones¹¹, estas dos posturas, son recogidas por las legislaciones contemporáneas, otorgándole ambos derechos a su titular, pudiendo enajenar la facultad de obtener los frutos de su explotación, pero conservando los derechos de paternidad de las obras e invenciones.

La facilidad con la que los entornos digitales cuentan en la transmisiones informáticas de contenido plantea un desafío moderno que debe ser controlado por los dueños de estos derechos para su explotación económica, estas nuevas modalidades no contemplan la creación de un nuevo derecho sino que se ubica, esta nueva forma de explotación en uno de los derechos ya existentes, aunque ello implicara adaptar y completar el derecho elegido a fin de que respondiera adecuadamente a esta nueva realidad económica.¹²

En cuanto al derecho laboral y la propiedad intelectual de los programas de ordenador y de las *apps*, el objeto del contrato laboral en las sociedades modernas dejó de versar solamente sobre los contratos de servicios tangibles, el ámbito laboral actual aborda también hoy en día los tópicos de programación, creación, desarrollo y mantenimiento de entornos digitales que nos hacen plantearnos sobre la paternidad de estos trabajos digitales. Los dos problemas estructurales que se pueden encontrar con respecto a la contratación laboral y los programas informáticos. Es evidente que sí puede ser objeto del contrato de trabajo el propósito inventivo, es decir, sí puede contratarse laboralmente a un trabajador para que idee, estudie, fabrique, invente o construya un programa de ordenador.¹³

En primer lugar, que la ajenidad en los frutos se diluye, es decir, que la teoría argumental que sustenta la atribución originaria al empresario del

11 Inmaculada Vivas Tesón, *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 20.

12 María Serrano Fernández, *El impacto de la Sociedad de la Información en la Propiedad Intelectual* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), 25.

13 Jaime Alberto Díaz Limón, *Antología Iberoamericana de propiedad intelectual* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018), 43.

producto final elaborado por el trabajador se difumina, pues sus características fundamentales no están tan definidas como en supuestos de elaboración de una cosa u objeto. En segundo lugar, que las notas características esenciales del control de la actividad laboral por parte del empresario también se difuminan, especialmente las relacionadas con seguimiento de su actividad y el control del producto final contratado.¹⁴

III. El derecho de autor y su protección registral.

El derecho de autor es el que más auge ha tenido con el desarrollo de las industrias musicales y los programas de computadoras, pero sin dejar de lado las más clásicas representaciones de esta como la música y las obras literarias. Como cualquier otro tipo de bien (en este caso inmaterial), el derecho de dominio que sobre la propiedad intelectual ejerce su titular o dueño, se encuentra regulado bajo el artículo 570 del código civil, el cual menciona que *“Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores.... Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales”*.

Por regla general, el derecho a la propiedad se ejerce sobre bienes tangibles, es decir, los denominados bienes muebles e inmuebles; no obstante, este derecho también puede ejercerse respecto de bienes de naturaleza intangible, a lo cual se denomina propiedad intelectual. En términos genéricos, la propiedad intelectual es aquella que se ejerce sobre cualquier creación o invención del intelecto humano con el fin de resguardarla jurídicamente a favor de su titular, confiriendo certeza sobre su originalidad e individualidad, promoviendo la creatividad de la mente humana y garantizando su divulgación y difusión.¹⁵

La obra es el objeto sobre el que la propiedad intelectual concede un

14 *Ibid.*,44

15 Sala de lo Constitucional, 126-2017, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2017)

poder de exclusiva a favor de su titular, inicialmente el autor.¹⁶ Esta exclusividad puede ser enajenada o cedida con respecto a su derecho patrimonial, más no en su derecho moral ya que éste, es exclusivo del autor, La construcción del Derecho de Autor gira en torno a la delimitación de su objeto: la obra. En función de ella se establece quiénes son autores y cuál es la extensión de la exclusiva sobre su utilización.¹⁷

Las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, son diversas y yacen desde diferentes puntos de vista, desde la perspectiva en la cual era un privilegio otorgado por el rey y no como un derecho preexistente del sujeto; otra teoría, la teoría del derecho de la personalidad, que plantea que el derecho de autor es inseparable de la actividad creadora del hombre, siendo las facultades personales una emanación de la personalidad;¹⁸ La tercera teoría, corresponde con la teoría del derecho de propiedad, ya que considera a la propiedad intelectual como un tipo de bien y que le permite disponer libremente de ella, como cualquier otro bien susceptible de apropiación.

La teoría de la propiedad sui generis, establece una diferencia entre el derecho de propiedad civil como derecho real y el derecho de autor, entendido como un derecho utilitario, ya que su interés es el progreso social y cultural de la sociedad. Un derecho de autor, es derecho en tanto y cuanto está en relación en y con la sociedad, pero a diferencia del derecho a la vida, no es inherente al núcleo más vital de la persona, sino que es relevante cuando tiene consecuencias sociales.¹⁹

Las teorías que a medida de la historia se han venido planteando son acordes al grado de protección jurídica que se ha venido otorgando desde el

16 Ignacio Garrote Fernández Díez, *Manual de Propiedad Intelectual*, 6ª Edición (Valencia: Tirant Lo Blanch 2015), 36

17 Isabel Candelario Macías, *Derecho de la Propiedad Intelectual*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 58.

18 Gisela María Pérez Fuentes, *Formatos Televisivos y Derechos de Autor* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 14.

19 *Ibid.*, 15

mero título de reconocimiento otorgado por el rey, hasta la codificación de este derecho y su reconocimiento en convenios internacionales; por ejemplo, El Convenio de Berna de 1886, establece, en su art. 2 que los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión. Entendiéndose que esta expresión no es taxativa, y puede abarcar cualquier tipo de forma de expresión de arte o ciencia.

La ley de propiedad intelectual en El Salvador, menciona que el derecho de autor comprende facultades de orden abstracto, intelectual y moral que constituyen el derecho moral; y facultades de orden patrimonial, que constituyen el derecho económico.²⁰

Los derechos morales: Conceden una serie de facultades a su titular que se puede resumir en el derecho de publicar la obra como estime conveniente, ya sea en su nombre o utilizando un seudónimo, también el derecho de destruir, modificar o mantener inédita esa obra, así como modificarla o corregirla, el autor es libre de oponerse al plagio o copia de la misma y al derecho de exigir la reparación del daño y la correspondiente indemnización de perjuicios.

Como puede verse el derecho moral o de paternidad de la obra, protege al autor en el sentido que su obra no sea adulterada por otra persona, defendiendo su identidad y reafirmando la autoría de ésta, manteniendo el honor y el de su creador.

Los derechos patrimoniales: Según el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual, comprende el derecho económico del autor, ya que es el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso de sus obras, así como la facultad de percibir beneficios económicos provenientes de la utilización de las obras. Este derecho patrimonial comprende aquel derecho que tiene el autor para explotar su obra y percibir ganancias económicas por ello. Este derecho puede ser transferido libremente a cualquier título y a la transmisión del mismo por

²⁰ Ley de propiedad intelectual de El Salvador, Decreto No 604 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993), Artículo 5

causa de muerte y al igual que los derechos de paternidad, puede exigirse el derecho a indemnización por la violación de cualquier expresión del derecho económico del autor.

Requisitos: La originalidad es el único y auténtico requisito de protegibilidad, porque, como se verá, sustancia toda la carga discriminatoria en la delimitación del objeto protegido por el derecho de propiedad intelectual. Y una vez cumplido, junto con la materialización de la obra, no se necesita ningún otro (ni siquiera constar en determinados registros o reunir cualquier otra condición).²¹ En este sentido, la idea que subyace a la obra puede no ser original (perfectamente podría utilizarse una misma idea para varias obras); sin embargo, lo que sí debe ser original es la forma particular de expresión de la idea en la obra, la que debe reflejar un proceso creativo único y la singularidad del autor.²²

Dentro del cuadrante de los derechos de autor, se encuentra regulado el derecho de registro de los programas de computadora o software, este como ya se menciono es uno de los que más se ha explotado y se ha intensificado en su investigación, el registro de los derechos de autor en el registro de la propiedad intelectual de El Salvador, es vital para poder ejercer una tutela jurídica efectiva y que en caso de una violación a los derechos de propiedad del titular, este pueda acudir los tribunales para que les sea resarcido el daño ocasionado.

IV. Los programas de computadora o software.

Uno de los temas contemporáneos más controvertidos y poco explorados por los juristas, es la protección legal más adecuada para los llamados programas de computadora o “Software”, una de las primeras reseñas de esta

21 Isabel Candelario Macías, *Derecho de la Propiedad Intelectual*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 61.

22 Teresita Chubretovic Arnaiz, *La Protección de la Creación, Consejo Nacional de la cultura y las artes*, (Santiago, 2014), 15.

protección legal de los programas de computadora fue en los estados unidos de América, a finales de los años sesenta, el departamento de justicia exige a la empresa International Business Machine (IBM), que separe el software del hardware,²³ en la facturación de ventas lo que fue conocido como la política de *umbundling*.

En el año de 1996, se aprueba el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, mediante el cual, se hace mención expresa a la protección de los programas de computador, en su artículo 4º, al establecer que la misma se haría como si se tratara de una obra literaria, de acuerdo a lo dispuesto en el ya mencionado Convenio de Berna.²⁴ Sin embargo, aun cuando se aceptó la asimilación del software como obra literaria en lo respectivo a su protección legal, es decir, se incluyó bajo el la protección del derecho de autor, ya en algunas legislaciones se ha empezado a analizar la posibilidad de si, excepcionalmente, los programas de computador pueden ser protegidos vía propiedad industrial, específicamente mediante patentes o si, por su naturaleza, quedan excluidos de la mencionada modalidad.

En la legislación salvadoreña, la sección “E” de la Ley de Propiedad Intelectual, regula los programas de ordenador, el cual menciona que

“Programa de Ordenador, ya sea programa fuente o programa objeto, es la obra literaria constituida por un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, o sea, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado”.

El artículo 13 de la misma ley, establece que se consideran obras protegidas todas las obras literarias y artísticas, tales como libros, folletos y

23 Entendiendo el hardware, tal y como lo define la Real Academia de la Lengua Española, como “el conjunto de los componentes que integran la parte material de una computadora.

24 Wilson R. Ríos Ruiz, *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías*, (Colombia: Universidad de los Andes, 2009), 259.

escritos de toda naturaleza y extensión, incluidos los programas de ordenador; se puede inferir de este extracto que los programas de computadora o software son considerados como obras literarias y pueden ser protegidos por los derechos de autor. Esta es la postura más antigua y tradicional que se maneja a nivel doctrinario sobre la protección de los programas de ordenador.

Pero esta postura ha sido discutida debido a su dicotómica naturaleza, ésta plantea problemas de clasificación, pese a que como mencionábamos es regulada bajo las normas de los derechos de autor, también se ha intentado clasificar desde otros tipos de figuras, como los secretos comerciales, patentes e incluso se ha intentado regular en una especie de derecho *sui generis*, El programa de ordenador, entendido como un todo singular, comprende todos los elementos de creación principales, instrucciones, manuales etc. que se proporcionan al ordenador (Código fuente), como las instrucciones necesarias que permiten que el ordenador funcione (Código objeto), como dice la norma, que el ordenador actúe de una forma determinada, o en otros términos, la computadora entienda las instrucciones dadas, y que en ocasiones son obra del intelecto.²⁵

La patentabilidad del software es muy criticada en ciertas jurisdicciones debido a que estas posturas consideran, que un lado que el programa de ordenador, en tanto recoge los requisitos esenciales de patentabilidad, es decir: es nuevo, implica actividad inventiva, resuelve una cuestión técnica, y forma parte de un producto o procedimiento novedoso como reivindicación, es patentable. De otro lado, debe tenerse en cuenta que, programa de ordenador y software no son sinónimos, este último término designa un simple conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora, sin incluir su funcionalidad como elemento resolutivo de un problema técnico.²⁶

25 Isabel Candelaria Macías, *Derecho de la Propiedad Intelectual* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 179.

26 *Ibid.*, 186

La moderna teoría registral de los programas de ordenador, acepta la patentabilidad del software en cuanto reúna los requisitos básicos de patentabilidad; el software en sentido técnico es patentable, por tanto, si dispone de efectos técnicos adicionales que van más allá de la normal interacción física entre programa y ordenador.²⁷

El artículo 27.1 del El Acuerdo sobre los ADPIC (acuerdo de derechos de propiedad intelectual) y los instrumentos internacionales a los que hace referencia, que regula la materia patentable, reza que *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”*,²⁸ se puede hacer referencia a que esta disposición deja la puerta abierta para que los programas software, pueden ser patentables siempre y cuando cumplan con los requisitos que el mismo artículo establece; los cuales son, que sea algo novedoso, y sea posible su uso aplicable en aplicación industrial.

En el registro de propiedad intelectual del Centro Nacional de Registro de El Salvador, los programas de ordenador, las apps para teléfonos celulares (abreviatura de la voz inglesa application), pueden ser depositadas como obra bajo el derecho de autor o registrada como patente de invención, este registro acepta ambas clases de protección, variando únicamente los requisitos formales de presentación.

Los requisitos para el depósito del programa de ordenador son la presentación de la solicitud original de depósito de obra, deben adjuntarse dos ejemplares del código fuente, que comprenda el software, además una explicación técnica de las funcionalidades y características que posee el programa y una copia de la misma en un dispositivo magnético, ya sea una USB o un CD, así como el contrato de cesión de derechos a favor de la empresa

²⁷ *Ibid.* 205

²⁸ El Acuerdo sobre los ADPIC (acuerdo de derechos de propiedad intelectual) y los instrumentos internacionales a los que hace referencia, (15 de abril de 1994).

que esté realizando la inscripción, otorgada por el empleado que lo diseñó y adjuntando el recibo de los derechos de registro ya cancelados.

Los requisitos de registro del software como una patente son similares ya que comprenden la presentación de la solicitud de inscripción, así como la descripción técnica- científica de las funciones y características de este, dos ejemplares de la misma y dos copias en dispositivos magnéticos del programa en USB o CD, y el pago de los derechos de registro.

V. Propiedad intelectual y el comercio electrónico.

La Nueva Economía trata de la adquisición, procesamiento, transformación y distribución del conocimiento y de la información. Siendo la globalización y liberalización de los mercados, la diseminación de las tecnologías de la información y la comunicación, los rasgos esenciales de la misma. El paso de la economía tradicional a la nueva economía no ha sido un hecho casual, el mismo es consecuencia de las inversiones de los Estados y empresas, tanto en tecnologías de la información y la comunicación como en procesos productivos nuevos.²⁹

En el comercio, las innovaciones tecnológicas y sociales han supuesto siempre transformaciones, y todas ellas se han traducido en una evolución del mismo. Por ejemplo, las antiguas civilizaciones desarrollaron las innovaciones agrícolas, lo que permitió que la agricultura dejara de ser una actividad de supervivencia para pasar a ser una actividad comercial. La Revolución Industrial se caracterizó por un cambio en los instrumentos de trabajo de tipo artesanal por los desarrollados, mediante distintos tipos de maquinaria, destacando la máquina a vapor. Además, la revolución dio lugar a una apertura a los mercados extranjeros, como consecuencia del abaratamiento de los productos,

²⁹ Raquel Álamo Cerrillo, *La Economía Digital y el Comercio Electrónico*, (valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), 12.

así como por la aparición de los nuevos sistemas de transporte, barco de vapor y ferrocarril.³⁰

Los datos existentes indican que los países de ingresos altos representan una gran proporción del comercio internacional de conocimientos y de ideas, pero que los países de ingresos medianos están convergiendo. La forma de comercio de tecnología no incorporada, sobre la que más se informa, es la que se produce a través de los ingresos y los pagos internacionales por el uso de activos intangibles, medidos por el pago de regalías y derechos de licencia. El uso de datos sobre regalías y derechos de licencia como medida aproximada del comercio internacional de conocimientos no está exento de problemas. Una cuestión fundamental es cómo aislar el comercio de la tecnología no incorporada de cuestiones relativas a los precios de transferencia. No obstante, los datos sobre regalías y derechos de licencia constituyen el indicador más pertinente para evaluar el comercio internacional de conocimiento no incorporado.³¹

En El Salvador, el 31 de octubre de 2019, se aprobó la ley de comercio electrónico, esto representa un avance significativo en la modernización estatal y privada, con ella se estableció un marco regulatorio de la relaciones comerciales contractuales, realizada por medios electrónicos y digitales, estas relaciones comerciales recaen en muchas ocasiones sobre objetos incorpóreos, más específicamente en soportes digitales, los cuales son distribuidos por medio de los entornos virtuales, la industria de la propiedad intelectual abarca muchos sectores desde la música, las obras literarias, producciones cinematográficas, programas de computadora etc. Todos estos sectores buscan brindar la protección legal y de hecho de sus activos más principales.

Se han tratado de implementar variadas técnicas de protección de la propiedad intelectual, físicas como digitales, esto con el objetivo de dotar de medidas de hecho para la protección de los activos intangibles de las empresas.

30 *Ibid.*, 29.

31 Organización de la Propiedad Intelectual, "Informe sobre propiedad Intelectual en el mundo", en *Series OMPI, "Economía y estadística"*, 70

Dado que un archivo digital ejecutable no es transparente para el usuario, desde hace mucho tiempo los titulares de derechos sobre programas de computación aprovecharon esa circunstancia para introducir en los códigos “objeto” instrucciones que les permitieran controlar el uso de su propiedad intelectual y que escaparan al conocimiento de terceros.

En algunos casos, se trata de limitar el uso del programa a un computador determinado, lo que se logra introduciendo una instrucción que condiciona el funcionamiento del sistema a que se compruebe que el programa corre dentro de un equipo con determinado número de serie o al que está conectada una “llave” física que el titular provee junto con los ejemplares originales. En otros casos, se introducen instrucciones dirigidas a hacer fracasar órdenes de reproducir copias en medios de almacenamiento plurales o removibles, o de “instalar” el software en un disco rígido.³²

Esta industria, en lugar de adaptarse a la situación que la sociedad, la tecnología y el mercado le están imponiendo y gastar parte de su abultado superávit anual en probar y desarrollar modelos de negocio alternativos que le permitan evolucionar y sobrevivir, ha optado por presionar a los gobiernos para que endurezcan las condiciones del monopolio que la legislación les concede. Al mismo tiempo, utiliza todas sus armas propagandísticas para criminalizar el intercambio de archivos y a las personas que lo practican, pero impone condiciones de alquiler y venta controladas por área (por ejemplo, en sitios como Amazon.com) que pueden llegar a retrasar muchos meses (en el caso de algunas series, hasta dos temporadas) la llegada del material a otras partes del mundo.³³

Las empresas de esta manera buscan preservar el dominio de las ganancias sobre sus contenidos, tratando de limitar así el acceso a personas

32 Antonio Millé, “Impacto del comercio electrónico”, en *Revista Derecho de La Universidad Católica De Valparaíso*, XIX, (Valparaíso, 1998), 19.

33 José F. Alcántara, *La Sociedad de Control*, 1ª Edición (Barcelona, El Cobre Ediciones, 2008,) 235

que no paguen la cantidad de dinero que cuesta dicho contenido, la misma ley, concede además una protección jurídica a las personas que violenten estos derechos de propiedad sobre la propiedad intelectual, y se aprovechen para obtener beneficios económicos en provecho suyo o de terceros; estos delitos contra la propiedad intelectual se encuentran regulados en el capítulo VII, del Código Penal de El Salvador, esta protección penal, se posesiona, tanto a los derechos de autor como a la propiedad industrial. Así también la Ley Especial contra los Delitos Informáticos y Conexos, regulan en su artículo 13 por ejemplo, el hurto por medios informáticos, que consiste en apoderarse de bienes o valores tangibles e intangibles por medio de las tecnologías de la información.

De esta manera, se puede concluir mencionando que la propiedad intelectual siendo utilizada por las empresas modernas, como uno de los principales activos en sus actividades comerciales y productos de la actividad intelectual de sus empleados, es de vital importancia en la era de la información, ya que se encuentra ante un tema poco tratado por los juristas contemporáneos en la práctica de las relaciones jurídico-mercantiles.

Conclusión.

Es innegable que tanto la era de la información, como la propiedad intelectual y el comercio electrónico, son tres aspectos que van de la mano en el desarrollo de las sociedades, estos tres aspectos han dado grandes avances en la última década, los grandes avances tecnológicos y las empresas dueñas de estos “inventos” han utilizado el derecho de propiedad intelectual para proteger sus creaciones y poder así obtener un lucro económico y mantener una posición dominante con respecto a los mercados de consumo.

La seguridad jurídica que aporta la debida regulación de la propiedad intelectual en los estados, y mas concretamente en El Salvador, sirve como incentivo de inversión de las empresas desarrolladoras y que invierten grandes cantidades de dinero en la investigación y desarrollo tecnológico, la propiedad

intelectual en la sociedad moderna, es un factor esencial en la modernización mercantil, y la ruptura de las clásicas relaciones comerciales, ayudando así a expandir nuevos y diferentes ámbitos tanto inventivos como comerciales.

Las ventajas económicas y competitivas que genera la efectiva protección de los programas de computadora o software, por medio del derecho de autor o patente, son a nivel nacional una fuente de inversión y de trabajo que además de los derechos patrimoniales de su titular se reflejan en un beneficio para el comercio electrónico y mejores beneficios para el consumir final de las invenciones.