



## LOS DERECHOS DEL AUTOR EN EL SOFTWARE LIBRE EN VENEZUELA

### Rights of the Author of Free Software in Venezuela

#### **MSc. Mercedes Villalobos**

Abogada Relatora adscrita al Juzgado Superior Segundo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

**Recibido:** 26 de noviembre de 2009 **Aceptado:** 11 de diciembre de 2009

### RESUMEN

Desde la creación del software libre a partir de los años 70, como una aplicación que permite compartir su información a través del acceso no restringido a su código fuente, en una época donde no existían las leyes de copyright que controlaran y penalizaran por modificar un programa, lo que se perseguía era la difusión de un legado para la humanidad que no tuviera un propietario único, de la misma manera que las leyes básicas de la física o las matemáticas. Su actual promoción ha llamado la atención de gobiernos quienes lo han adoptado por ventajas como, la posibilidad de ahorrar dinero en la implementación de tecnologías a nivel nacional, por cuestiones de seguridad, o por un ideal social de compartir sin restricciones económicas. Sin embargo, en la legislación sobre propiedad intelectual venezolana, el programa de computación constituye una obra de la que dimana una serie de derechos exclusivos de uso y explotación para su autor, que concebidos así, constituyen limitación a la naturaleza propia de un "software libre", y frente a esta problemática se ha trabajado con el objeto de conocer cada uno de esos derechos y su aplicabilidad en dicha creación, para mostrar una visión amplia de las repercusiones legales que inciden en las condiciones, derechos y obligaciones de autores y usuarios del software bajo estándares abiertos, acorde con el Derecho de Autor. Para ello se adoptó una investigación de tipo documental con diseño bibliográfico y el método de observación documental de textos legales que regulan la propiedad intelectual en el país, permitiendo obtener resultados a través de una hermenéutica jurídica aplicable en el método de análisis dogmático jurídico y concluyendo que la problemática radica no en la protección de los derechos morales sino en los derechos de explotación.

**Palabras Claves:** Software Libre, Derecho de Autor, Programa de Computación, Derechos, Libertades.



## ABSTRACT

From the creation of the free software in 70s, as an application that allows to share information across the access not restricted to its source code, in an epoch where the copyright's laws did not exist that they were controlling and penalizing for modifying a program, which was prosecuted was the diffusion of a legacy for the humanity who did not have an unique owner, in the same way as the basic laws of the physics or the mathematics. Its current promotion has called the attention of governments who have adopted it, because as advantages as, the possibility of saving money in the implementation of nacional technologies, for safety questions, or for the social idealism of sharing without economic restrictions. Nevertheless, in the Venezuelan intellectual property legislation, the program of computation constitutes a work from which there arises a series of exclusive rights from use and development for his author, that conceived this way, they constitute a limitation to the proper nature of a " free software ", and opposite to this problematics, one has worked in order to know each of these rights and their applicability in the above mentioned creation, to show a wide vision of the legal repercussions that affect in the conditions, rights and obligations of authors and users of a opened standards software, identical to the Intellectual Property Rights. For it there was adopted an investigation of documentary type by bibliographical design and the method of documentary observation of legal texts that regulate the intellectual property in the country, allowing to obtain results across a juridical applicable hermeneutics in the method of dogmatic juridical analysis, concluding that the problematic circumscribe to no in the protection of the moral rights but the ones of exploitation.

**Key Words:** Free Software, Intellectual Property Rights, Computer Software, Rights, Freedoms.

Abogada egresada de La Universidad del Zulia en el año 2004, con la distinción cum laude. Magister Scientiarum en Derecho Mercantil de la Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín. Egresada del Diplomado en Protección Integral del Niño, Niña y Adolescente URBE 2009. Actualmente cursando el Doctorado en Ciencias Jurídicas en La Universidad del Zulia. Abogada Relatora del Poder Judicial adscrita al Juzgado Superior Segundo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Venezuela. E-mail: [mercedesvillalobos@gmail.com](mailto:mercedesvillalobos@gmail.com).



## INTRODUCCIÓN

Para el Derecho de Autor, cualquier creador de una obra obtiene de forma automática unos "derechos de autor" sobre la misma, los cuales son válidos y defendibles en casi todos los países del globo. Así se consagra y regula una serie de prerrogativas reconocidas de forma exclusiva a aquel que realiza una obra.

El software constituye una obra y creación intelectual protegida por los derechos de autor, aunque en opinión de Hernández (2005) tales derechos fueron instaurados sobre todo para proteger los textos literarios, obras artísticas y similares y no se adaptan muy bien al software que tiene un componente "escrito" (por lo cual se protege el software de esta manera) y un componente técnico (los algoritmos, la arquitectura y el código ejecutable).

Ahora el "software libre" se define como un tipo particular de aplicación informática que se basa en que el código fuente de un programa debe estar disponible, para luego poder modificarlo, mejorarlo y distribuirlo libremente. La utilización de este tipo de programa en el Estado es un tema de actualidad que se halla instalado en el debate de la sociedad, debido a que las ventajas y oportunidades que puede ofrecer, comienzan a ser consideradas muy seriamente en todo el mundo.

En otras palabras, se le otorga a sus usuarios la libertad de ejecutarlo para cualquier propósito, copiarlo, distribuirlo, estudiarlo (incluyendo siempre el acceso a su código fuente), mejorarlo y hacer públicas estas mejoras, con su código fuente, de tal manera que todo el planeta pueda beneficiarse.

La Organización GNU según publicaciones en su página web [www.gnu.org](http://www.gnu.org), ha expresado que el "software libre" es un asunto de libertad, no de precio, y



que para entender el concepto, se debe pensar en la palabra "libre" como en "libertad de expresión", no como productos gratis, ya que suelen existir confusiones dado que en la terminología inglesa la palabra "free", con la que se denomina al "free software", significa tanto "libre" como "gratis".

De modo más preciso, la definición del software de código abierto propuesta por la Free Software Foundation (Fundación para el Software Libre), se basa en cuatro prerrogativas básicas que cualquier programa considerado abierto debe proporcionar:

1. *Libertad 0*: Autonomía para utilizar el programa con cualquier propósito.
2. *Libertad 1*: a objeto de estudiar cómo funciona el programa. Implica el acceso al código fuente del mismo.
3. *Libertad 2*: a fin de redistribuir el programa.
4. *Libertad 3*: para hacer modificaciones y distribuir las mejoras. Implica también acceso al código fuente del mismo.

Según el Proyecto GNU, un programa es software libre si los usuarios tienen todas estas libertades. Así pues, se debería tener la independencia de distribuir copias, sea con o sin modificaciones, sea gratis o cobrando una cantidad por la distribución, a cualquiera y a cualquier lugar. El ser capaz de hacer esto significa (entre otras cosas) que no se tiene que pedir o pagar permisos.

También debiera otorgarse la libertad de hacer modificaciones y utilizarlas de manera privada en el trabajo u ocio, sin siquiera tener que anunciar que dichas modificaciones existen. Si se publican los cambios, no se tiene por qué avisar a nadie en particular, ni de ninguna manera en particular.



Así pues, quizás se haya pagado para obtener copias de "software libre", o tal vez se haya obtenido sin ningún costo, pero independientemente de cómo se hayan conseguido las copias, siempre se tiene la libertad de copiar y modificar el programa, e incluso de vender copias. "Software libre" no significa no comercial, ya que una aplicación de estándares abiertos debe estar disponible para uso, desarrollo y distribución comercial.

Por lo tanto, resulta importante conocer el marco jurídico que regula la propiedad intelectual de este tipo de programa de computador, y analizar los derechos que le son reconocidos para comprender qué aplicabilidad tienen en una creación intelectual que en vez de limitarse a la exclusividad de uso o modificación por una persona o un número determinado de ellas, busca la libertad y universalidad.

Al comprender las prerrogativas jurídicas que amparan al creador de software libre, se podrá en consecuencia resolver bajo qué condiciones se pueden ceder los programas informáticos libres propios o utilizar los de terceros, y cuáles serán esas ventajas y obligaciones que recibirán los usuarios al adquirir una determinada aplicación o paquete de "software libre".

### **El Derecho de Autor y el Software Libre**

Según Lipszyc (2001, p. 11), el Derecho de Autor es la "rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales".

Su marco jurídico se encuentra establecido en la Ley sobre el Derecho de Autor (1993) y su reglamento, expresamente denominado Reglamento de la



Ley sobre el Derecho de Autor (1997), que en lo sucesivo, a los fines de seguir un orden metodológico, se distinguirán con su acrónimo legal: LDA (1993) y RLDA (1997) respectivamente.

En tal sentido, el artículo 1 de la LDA (1993) dispone que “las disposiciones de esta Ley protegen los derechos de los autores sobre las obras del ingenio de carácter creador, ya sea de índole literaria, científica o artística, cualesquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino”. En el mismo tenor, a la referida disposición le sigue el contenido del artículo 1 del RLDA (1997).

Con relación a la creación intelectual de un autor denominada software, se encuentra amparada por la LDA (1993), cuando en su artículo 2 se incluye como obra del ingenio el programa de computación, y luego es definida en la norma del artículo 17 de la misma ley, así:

Se entiende por programa de computación a la expresión en cualquier modo, lenguaje, notación o código, de un conjunto de instrucciones cuyo propósito es que un computador lleve a cabo una tarea o una función determinada, cualquiera que sea su forma de expresarse o el soporte material en que se haya realizado la fijación.

En derivación, de modo general y según el artículo 5 de la LDA (1993), el autor de una obra como el software libre, encontraría protegidos los derechos sobre el mismo por el solo hecho de haberlo creado, siendo que dicha creación cumple con todos los elementos esenciales de una obra, cuales son, la creación intelectual, originalidad y la susceptibilidad de ser divulgada o fijada en un soporte material. Tanto es así, que este último elemento encuentra su desenvolvimiento pleno en el caso del software libre, que al



permitir a través de su código fuente abierto el acceso independiente de todos los usuarios, la divulgación de esta obra es más que materialmente posible.

Sin embargo, la naturaleza del principio de originalidad de la obra podría verse desvirtuada cuando el programa creado bajo estándares abiertos, sea una copia parcial de un software libre primigenio, como es el caso de haberse mejorado el mismo por parte de algún usuario, lo cual es tema prohibido según este principio del Derecho de Autor.

Fundamentado en la anterior apreciación, es indispensable conocer las implicaciones que de la ley dimanen para entender desde la disciplina jurídica el punto de vista sobre un software libre.

Inicialmente se explicaba que dentro de la consideración del Derecho de Autor se protege y regula los derechos derivados de la obra misma, los cuales están determinados legalmente por aquellos de orden moral y patrimonial, los primeros de los cuales resultan inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles, todo ello con base en lo consagrado por el artículo 5 de la analizada LDA (1993).

## **Los Derechos de un Autor de Software Libre**

### **Derechos Morales**

Siguiendo a Lipszyc (2001, p. 155), el "derecho moral" protege la personalidad del autor reflejada en la misma obra, con relación a lo cual éste decide, si la divulga o la mantiene inédita, "a exigir su condición de creador y la integridad de su creación y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de circulación". En tal sentido, ésta prerrogativa legal



se encuentra comprendida a su vez por cinco (5) derechos: derecho a la divulgación y al inédito, de paternidad, de integridad, de revocar la cesión o derecho de arrepentimiento y, derecho de acceso.

### **Derecho de Divulgación**

Según el artículo 18 de la LDA (1993), es el que otorga la facultad exclusiva al autor de resolver si divulga o no la obra, y el modo como la hará, si total o parcialmente. Para Lipszyc (2001, p.161), “la divulgación comprende toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma”.

En este sentido, cuando se trate de una obra como el "software libre", el derecho a que su autor decida no ponerlo al conocimiento del público, es el mismo que el de un "software propietario", es decir, la ley le otorga y protege dicha prerrogativa. Ello es así porque una aplicación con código fuente abierto otorga la facultad de utilizarlo para cualquier propósito (libertad 0), pudiendo por ejemplo, realizarse una modificación sobre un programa de computación original sólo para uso de manera privada en el trabajo u ocio, lo que no implica ninguna obligación de anunciar la existencia de dicho cambio.

Sin embargo, debe resaltarse que desde el punto de vista práctico, en concordancia con la finalidad y el sentido de la creación del "software desarrollado bajo estándares abiertos", el ejercicio del derecho a decidir no divulgar ésta obra, traería como consecuencia una crisis existencial de la misma, debido a que no tendría sentido lógico su creación, al discriminar su uso para fines únicamente personales; es como si por ejemplo, Thomas Alva Edison hubiera inventado el bombillo para usarlo en la oficina donde trabajaba en otras ideas o inventos y, nunca lo hubiera hecho público. Y en ese sentido el autor de este tipo de programa debería siempre considerar



cómo sería efectivo el ejercicio de su derecho de divulgación.

### **Derecho de Paternidad**

Este promueve el reconocimiento de la condición del autor como creador de la obra, y que, como refiere Antequera (1998) posee un sentido **positivo** cuando aquél reclama que su nombre se asocie a la divulgación de la obra, y un **sentido negativo** cuando exige que su identidad no se vincule con la obra, conocido también como el derecho al anónimo.

El artículo 19 de la LDA (1993), contempla al respecto que: “En caso de que una determinada obra sea publicada o divulgada por persona distinta a su autor, éste tiene el derecho de ser reconocido como tal, determinando que la obra lleve las indicaciones correspondientes”.

Este precepto normativo, respecto a su aplicación para el caso de un "software libre", plantearía las siguientes **consecuencias**:

El derecho de paternidad, visto en el sentido positivo, puede relacionarse con el Derecho Marcario de la propiedad industrial, ya que si bien es sabido, la creación de un software a través de una empresa que comercializa el mismo, normalmente es obra de varios ingenieros o programadores, que al momento de divulgar su creación se emplean signos distintivos como las marcas para proteger la imagen legal y la reputación de su negocio o empresa.

En tales términos se considera que al reproducir o distribuir un software de formatos libres con una marca que lleva por detrás la intervención de un sujeto colectivo y su grupo de programadores, se está reconociendo y afianzando el derecho de paternidad sobre esa obra original, no con el



nombre de todos los programadores que lo desarrollaron sino con el uso general de un signo distintivo, y que si posteriormente es modificada, transformada o mejorada por algún tercero (atendiendo a las libertades que plantea este tipo de programa), no podrá publicar tales cambios con el mismo nombre del autor de la obra original o de la marca comercial utilizada al efecto.

Por su parte, cuando el software libre es obra de una sola persona, este derecho de paternidad no obsta al desarrollo de sus libertades que incluyen la ejecución, copia, distribución, estudio, cambio y mejora del mismo, que inclusive, desde el punto de vista de su comentado sentido negativo, el autor de ésta aplicación abierta, para facilitar la aplicación de sus ventajas y el uso por toda la colectividad, podría optar por el derecho al anónimo.

Ahora bien, en cuanto a las modificaciones implementadas por el usuario sobre el software libre original, en pleno desarrollo de las libertades 0 y 3, de utilizar el programa para cualquier propósito y de hacer modificaciones y distribuir sus mejoras, respectivamente, constituirían nuevas obras del ingenio y por ende protegidas por el ordenamiento del Derecho de Autor, de acuerdo con el artículo 3 de su denominada LDA (1993).

### **Derecho a la Integridad de la Obra**

Por otra parte, se encuentra este otro derecho moral del autor, en el que según lo dispuesto por el artículo 20 de la LDA (1993): “El autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material de la obra, el derecho de prohibir toda modificación de la misma que pueda poner en peligro su decoro o reputación”.



Este derecho se fundamenta, tal como lo menciona Lipszyc (2001, p.168), “en el respeto debido a la personalidad del creador que se manifiesta en la obra y a esta en sí misma”, protegiéndose la obra contra deformaciones u modificaciones que puedan perjudicar los legítimos intereses personales o intelectuales del autor, específicamente, como establece la legislación venezolana en la citada norma, cuando se causen perjuicios en su honor o a su reputación.

El "derecho de integridad" no puede confundirse con el "derecho de transformación" que forma parte de los "derechos patrimoniales" que más adelante serán analizados, ya que las transformaciones dejan la obra original inalterada en su individualidad primigenia y coexisten con esta y entre sí, mientras que el comentado derecho moral, protege la integridad de la obra en su creación originaria, que solo el autor puede modificar.

En otras palabras, este protege la modificación que sobre el soporte material de la creación originaria se haga, como por ejemplo, que sobre una pieza de arte se agregue un detalle adicional o, en un poema se coloque una nueva frase, ambos que atenten contra el decoro del autor; sin embargo, en el caso de un software libre, ¿qué pasa si éste como obra original y no derivada, presenta algún error que amerite su modificación?, dada su capacidad de acceso al código fuente del mismo, cualquier programador que estudie el mismo podría solucionar tal problema haciendo la modificación pertinente.

Aunque de la legislación se desprenda la necesidad de la autorización del autor, sin embargo, en este caso, tomando base en el principio que, frente a la duda se aplicará la norma que sea más favorable, se estima que no surgirían problemas para el software libre si se aplica el contenido del artículo 20 de la LDA (1993), que da la posibilidad de prohibir la modificación sólo si



la misma afecta el decoro o reputación del autor.

Empero, habría que determinar hasta qué punto se produciría una afección en la reputación del autor, que dilucidaría la duda de si este tipo de restricción afecta las libertades básicas del software libre, especialmente la referida a la libertad de hacer modificaciones y distribuir las mejoras (libertad 3).

Tal vez el problema se limitaría para el caso que el usuario realice una modificación del paquete original que contenga el programa o software libre, con su posterior divulgación usando el mismo nombre de su creador y que así, pueda perjudicar su reputación comercial cuando la modificación evidentemente sea de menor calidad (y en detrimento del derecho de paternidad del autor), con respecto a lo cual, tajantemente el Derecho de Autor como disciplina jurídica, debe exponer los términos legales que regulen tales controversias, ya que no puede protegerse una libertad que atente contra los principios del ordenamiento jurídico aplicable a un país, el orden público y sus buenas costumbres. No pueden protegerse liberalidades que pudieran vulnerar los derechos de las demás personas.

### **Derecho de Revocar la Cesión o Derecho de Arrepentimiento**

Como indica Lipszyc (2001), consiste en la facultad del autor de retirar la obra del comercio cuando ya no se ajuste a sus convicciones intelectuales o morales y, de suspender su forma de utilización ya autorizada.

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 58 de la LDA (1993), según el cual, el creador tiene la facultad frente al cesionario de sus derechos, de revocar la cesión, siempre y cuando indemnice los daños y perjuicios que con ello le cause. Sin embargo, hay que dejar en claro que esas prerrogativas que pueden ser transferidas mediante contrato o licencia,



son sólo los "derechos patrimoniales" del autor sobre la obra.

Ahora, el efecto que dimana del mencionado artículo sería negativo para el "software libre" al ocurrir el caso que su autor, mediante licencia, haya cedido a otra persona por ejemplo, su distribución, y en alguna oportunidad decide revocar la misma, estaría limitando el desarrollo de las libertades que posee este tipo de programa con código fuente abierto y por lo tanto, no podría tenerse como libre.

Ahora bien, este derecho sólo se refiere al caso de la revocatoria de la licencia o cesión, por tanto, no afectaría la facultad de que el autor, siendo él mismo quien se encarga de explotar comercialmente la obra (como en el caso de las empresas que desarrollan programas de computación), proceda a retirar de circulación del mercado algún programa que tal vez hoy en día ya resulte obsoleto.

### **Derecho al Acceso**

Este es el último de los derechos morales de los autores, conforme al cual, de acuerdo con al artículo 22 de la LDA (1993): "El autor puede exigir al propietario del objeto material el acceso al mismo, en la forma que mejor convenga a los intereses de ambos, siempre que ello sea necesario para el ejercicio de sus derechos morales o los de explotación".

Se considera que este derecho no parece aplicable desde del punto de vista práctico, para el caso de que la obra se trate de un programa de computación como el "software libre". Suponiendo hipotéticamente que el autor de este tipo de software haya entregado el único y original soporte material que contenía el mismo al cesionario encargado de reproducirlo (algo que resultaría poco práctico cuando podría ofrecerse una copia del mismo), en



ese caso, evidentemente tendría aplicabilidad práctica y efectividad legal el precepto normativo antes citado.

### **Derechos Patrimoniales**

Con anterioridad se hizo referencia a que las obras del ingenio además de envolver **derechos morales**, también poseían **derechos patrimoniales o de explotación de la obra**, los que, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 21, 39, 41 de la LDA (1993), comprenden a su vez los derechos de reproducción, distribución, comunicación y transformación de la obra.

Estos derechos patrimoniales son enunciativos, ya que el artículo 18 del RLDA (1997), dispone que éstos comprenden cualquier forma de utilización de la obra, es decir, el autor dispone de tantos derechos de explotación como formas de utilización sean factibles.

Sin embargo ésta norma también establece que el límite sólo será aquel que se halle expresamente establecido en la ley, y a partir de este punto de vista, es posible extraer de la LDA (1993), la regulación de varias formas de explotación, por parte de los usuarios o propietarios materiales de las obras que son completamente lícitas, indicando ciertos casos, aspectos o características que marcan el límite de la utilización de la obra hasta esa expresión legal.

Así por ejemplo para el caso de los programas de computación, el numeral 5 del artículo 44 de la referida ley, expresa que será lícita la reproducción de “una sola” copia, cuando se haga exclusivamente con fines de resguardo o de seguridad. Aunque luego se observa el contenido del artículo 11 del RLDA (1997), que establece que estas limitaciones no se extienden, cuando el



aprovechamiento del programa es por varias personas mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, para lo cual se requiere la autorización expresa del titular de tales derechos. Sin embargo, evidentemente como su nombre lo dice, estos límites lícitos de explotación, constituirían trabas para el pleno desarrollo de las libertades que definen el software libre.

En el desarrollo de los "derechos patrimoniales" del autor de una obra, éste goza del derecho exclusivo de explotar la misma en la forma que le plazca según establece el artículo 23 la LDA (1993) (claro con las limitantes generales de ley), entendiéndose por tanto, que puede realizar, autorizar o prohibir la explotación de la misma, tiene la facultad de prohibir la explotación de la obra a terceros que lo hagan sin su autorización.

En este sentido se puede observar dentro del marco jurídico del Derecho de Autor, una implicación legal negativa para la aplicabilidad de aquellos derechos consagrados a los autores de una obra como el "software libre", pues se atentaría contra sus libertades, porque si sólo su creador es el que puede realizar o prohibir por ejemplo, la reproducción, no se estaría definiendo este tipo de programa que se basa en la cooperación y transparencia, y que garantiza una serie de libertades a los usuarios.

Aunque esta exclusividad puede verse un poco relajada atendiendo a la característica de disponibilidad que poseen los derechos patrimoniales del autor, ya que su uso y disfrute pueden ser cedidos a través de un contrato o licencia en virtud del cual, el autor de la obra obtendrá una participación proporcional en los ingresos que obtenga el cesionario por la explotación de la misma, o una remuneración fija en casos determinados (si se trata de una cesión a título oneroso), todo ello de conformidad con lo dispuesto en los



artículos 50 y 55 de LDA (1993). Sin embargo, del mismo artículo 50 se desprende que al extinguirse, culminar o revocarse tal contrato, el creador podrá reivindicar la paternidad de los derechos sobre la obra en cualquier momento, por lo que en definitiva, es como si nunca se desprendiera de los mismos.

La licencia constituye el instrumento que regula y determina las condiciones y obligaciones en que el usuario puede utilizar la obra, siendo que el artículo 51 de la LDA (1993), establece que los "derechos de explotación" son independientes entre sí, en consecuencia, la cesión del "derecho de transformación" por ejemplo, no implica la cesión de las otras prerrogativas legales, lo cual resultaría perjudicial para el caso del software libre que dispone todas sus libertades para sus beneficiarios.

Cabe reiterarse que el ser libre de ejecutar, copiar, distribuir, estudiar y modificar un programa, no significa que no se tiene que pedir o pagar permisos, ya que estas libertades pueden obtenerse bien sea de forma gratuita o, cobrando una cantidad por la distribución, como con el uso de licencias; en fin, independientemente de cómo se hayan conseguido las copias de un "software libre", la importancia radica en que siempre se tenga la autonomía de realizar todas esas aplicaciones, que en otras palabras vienen a constituir los derechos de explotación de este tipo de obra.

Por lo tanto la norma así referenciada generaría un contexto negativo en la aplicación de los derechos patrimoniales de explotación para un software libre, ya que su creador, bajo tales parámetros de licenciamiento que establece la LDA (1993), jamás estaría desarrollando y explotando una aplicación informática de tal esencia.



A partir de la doctrina se puede desglosar una solución o salvedad a las limitaciones que pudiera imponer la norma de protección de propiedad intelectual, al explotar una obra como, un programa desarrollado bajo estándares abiertos a través de una licencia; en ese caso Hernández (2005) expresa que existen modelos de licenciamiento que promueven de manera cónsona las libertades del "software libre", evitando su desnaturalización y transformación en "software propietario".

Así pues, el referido autor se refiere a las licencias con copyleft, que ceden los derechos de copia, distribución y modificación del programa bajo las condiciones que definen el "software libre" pero, garantizando que tales explotaciones conserven siempre las libertades originales de éste; es decir, este tipo de programa de computación, aún cuando haya sido mejorado y traspasado, siempre deberá estar caracterizado por tener un código fuente abierto, siempre será libre. A diferencia de la licencia permisiva, que cede el este software pero no obliga a sus usuarios a conservar las libertades que lo distinguen, es decir, nace libre pero su modificación podrá convertirse en un producto propietario.

El mencionado autor también hace referencia a un licenciamiento dual, usado más comúnmente por las empresas, y que promueve la cesión de un software en sus versiones libres o bien propietarias, que pueden ser adquiridas por los clientes de acuerdo a sus necesidades.

Empero luego surge la conclusión de que si dentro de la sociedad venezolana se empleara este tipo de contrataciones, resultaría por pura práctica comercial, ya que el ordenamiento jurídico que regula el Derecho de Autor no consagra algún parámetro normativo que reglamente tales modalidades de licencias, lo cual hace desplomar la solución de Hernández



(2005) al momento de ponerse en frente de un ordenamiento jurídico sobre derechos de autor que establece un gran número de limitaciones.

Por lo anterior, se puede establecer que las implicaciones legales que derivan de la forma de uso y disfrute de los "derechos patrimoniales" de un software, limitan de una forma muy estricta la naturaleza misma de éste cuando es desarrollado bajo estándares abiertos, y que ubica el punto diferencial existente con el "software propietario", pues si el creador de un programa libre tiene el poder de revocar la posibilidad de reproducir, comunicar, transformar o distribuir el mismo, este no será libre. Para entender mejor esto hay que desglosar cada uno de los derechos patrimoniales.

### **Derecho de Reproducción**

Como uno de los derechos patrimoniales que tiene los autores, está definido en el artículo 41 de la LDA (1993) en la siguiente forma:

La reproducción consiste en la fijación material de la obra por cualquier forma o procedimiento que permita hacerla conocer al público u obtener copias de toda o parte de ella, y especialmente por imprenta, dibujo, grabado, fotografía, modelado o cualquier procedimiento de las artes gráficas, plásticas, registro mecánico, electrónico, fotográfico o audiovisual, inclusive el cinematográfico.

Habiéndose observado que para el Derecho de Autor la explotación de la obra es exclusiva del creador, cada reproducción debe ser expresamente autorizada por éste, protegiéndosele contra el mero hecho de hacer copias de la obra, con independencia de la cantidad y de que sea o no distribuida o puesta en circulación.



En consecuencia, el derecho exclusivo del autor de reproducción de su obra, disponible por medio de su cesión a través del licenciamiento (recordando que a final de cuentas es temporal y, al extinguirse el contrato retorna al poder de su titular originario el autor), evidentemente atenta en contra la naturaleza del software libre que se basa en un programa en el que, al estar disponible su código fuente, puede ser estudiado, modificado, mejorado y distribuido libremente.

También atentaría en contra de sus libertades básicas, especialmente la de utilizar el programa para cualquier propósito (libertad 0) y la de estudiar cómo funciona el programa (libertad 1); ya que si el autor prohíbe la fijación del software libre en un soporte físico como el diskette, CD o DVD, que permita hacerlo conocer al público u obtener una copia de ello, estaría evitando su posibilidad de ejecución y estudio por parte de los usuarios que, inclusive pudieran implementar una mejora sobre el mismo.

### **Derecho de Distribución**

El primer aparte del mismo artículo 41 de la LDA, establece que:

El derecho de reproducción comprende también la distribución, que consiste en la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler u otra modalidad de uso a título oneroso.

Al respecto, se constata el deber de solicitarle al autor la autorización de distribuir copias de la obra, con la posibilidad de que las mismas sean posteriormente prohibidas, lo que implica una afectación en la facultad para redistribuir el programa cuya aplicación sea abierta (libertad 1), que plantea la posibilidad de distribuir sus copias, y que así toda la colectividad pueda



tener acceso a la creación de una nueva herramienta tecnológica que ponga en práctica los beneficios que la misma brinda.

Sin embargo, según se desprende del último aparte del artículo 41 de la comentada LDA (1993), y confirmado con la opinión de Antequera (1998), este derecho tiene una excepción que pudiera aminorar los efectos legales negativos que influyen sobre el pleno desenvolvimiento del software libre, conocido como: el agotamiento del derecho patrimonial de distribución con la primera venta, el cual, es explicado así por el referido autor:

(...) el derecho de puesta a disposición al público de los ejemplares de la obra se extingue con la primera venta, es decir, que una vez autorizada la transmisión de la propiedad de los ejemplares, el autor no puede ya oponerse a su reventa, (...)

### **Derecho de Transformación**

Para Lipszyc (2001), consiste en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ellas: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, etc., el cual se encuentra determinado en el artículo 21 de la LDA (1993) en el siguiente tenor: “El autor tiene el derecho exclusivo de hacer o autorizar las traducciones, así como las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de su obra”.

A partir de este dispositivo normativo se observa una limitante con relación a la "obra derivada" (que también constituye una obra del ingenio protegida por el Derecho de Autor), ya que para que ésta creación pueda fundarse, se establece el particular deber de ser primariamente autorizada por el autor de la "obra original" de donde surge; e inclusive, la autorización del producto



derivado no impide el ejercicio del derecho moral de integridad, de conformidad con lo estatuido por el artículo 15 del RLDA (1997). Y con tales limitantes, este derecho contrariaría el desempeño de la libertad para hacer modificaciones y distribuir las mejoras (libertad 3) del software libre.

### **Derecho de Comunicación Pública**

Por último se presenta este derecho patrimonial, definido en el numeral 4 del artículo 2 del RLDA (1997), en el siguiente tenor: “Es todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra, por cualquier medio o procedimiento que no consista en distribución de ejemplares”.

La Ley sobre el Derecho de Autor (1993) en el numeral 8 del artículo 40, hace una mención específica de este derecho de comunicación desde el punto de vista informático, al considerar que había comunicación pública mediante “El acceso público a bases de datos de computador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas”; pero en general, se regula el acceso público respecto de todo tipo de difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Este derecho puede relacionarse con el "derecho moral de divulgación" ya analizado, el cual faculta al autor para decidir si da a conocer o no su creación, y a partir del cual se consideraba que, al tomar de base la libertad del software con código fuente abierto para utilizarlo para cualquier propósito (libertad 0), se podía incluir su utilización de forma privada por su creador, y en virtud de lo cual puede concluirse, que el autor de este tipo de programa de computación, podría llegar a prohibir el acceso público del mismo.



Aunque debe reiterarse que el hecho de privar el conocimiento público de una obra como lo es, el "software libre", impediría el poner en práctica los beneficios que brinda el mismo y la finalidad en sí que lleva inmersa; pero, sin olvidar que el autor de esta creación de estándares abiertos, tiene derecho a que sean protegidas tales prerrogativas, fundamentado en la libertades mismas que esta plantea.

### **Presunción de la Cesión Ilimitada de los Derechos de Autor**

Hasta aquí pareciera que al conocer los derechos patrimoniales consagrados en el ordenamiento jurídico de la propiedad intelectual, que tendría el autor de una obra como el programa de computación, su aplicabilidad resulta negativa o limitativa, o mejor dicho ineficaz desde el punto de vista legal, para el desarrollo de un "software de código fuente abierto".

A pesar que la concepción de un "software libre" está determinada por su libertad desde el punto de vista de su creación, uso y explotación, lo que hace entender sin duda que los derechos de su creador podrían coartar este sentido de universalidad, también se puede observar, que no todo su desarrollo será fallido partiendo de la letra de un Legislador que no se imaginaba que al superar su época histórica iba surgir una obra de la propiedad intelectual que trasciende de la "protección de la creación individual" a la "protección de la creación y explotación social", puesto que el desarrollo de un software libre en este ámbito legal proteccionista individual por lo menos puede tener un punto de partida en consonancia con sus estándares abiertos, a partir de la presunción de la cesión ilimitada y durante toda la duración de la misma, de los derechos morales y patrimoniales consagrados por el Derecho de Autor (salvo pacto en contrario), del creador de un programa de computación a su productor, contenida en el último aparte



del artículo 17 de la LDA (1993) que reza lo siguiente:

Se presume salvo pacto expreso en contrario, que los autores del programa de computación han cedido al productor, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación de la obra, definido en el artículo 23 y contenido en el Título II, inclusive la autorización para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley, así como el consentimiento para decidir sobre su divulgación y la de ejercer los derechos morales sobre la obra, en la medida que ello sea necesario para la explotación de la misma.

Lo anterior expone a la luz una prerrogativa a favor de la aplicación de un software libre frente a las limitaciones que el Derecho de Autor, en aras de proteger la intelectualidad y personalidad del creador de una obra, estipula fielmente en los textos legales que regulan la materia.

## CONCLUSIONES

Habiendo conocido el marco jurídico que regula la propiedad intelectual del programa de computación, y las prerrogativas que le son reconocidas a su autor, en el caso de un "software libre", se pudo observar que los "derechos de carácter moral" siempre podrán estar protegidos, y que atendiendo a sus especificaciones, hasta cierto punto no se ven afectados cuando se trata de esta obra con código fuente abierto. El problema radica en los "derechos de explotación" sobre la misma, que limitan en gran medida el desarrollo pleno de sus libertades ya que se le otorga por ley a su creador, la facultad exclusiva de realizar, autorizar o prohibir la reproducción, comunicación, transformación y distribución de la obra.



No existe legalmente, o en puntos muy excepcionales, un relajamiento sobre el ejercicio de los derechos patrimoniales de las obras, que permita una perfecta diferenciación entre los denominados "software libre" y el "software propietario", pues, aunque hasta cierto punto se puedan transferir tales derechos por medio de licencias, según la protección del Derecho de Autor va existir un límite en el tiempo que determine el retorno o reivindicación de esas competencias legales a su titular primigenio.

El "software propietario" lo que otorga es un permiso de uso, restringiéndolo a las condiciones muy explícitas que dé la licencia, y prohíbe además su modificación y la posibilidad de derivar otros software a partir de este.

Si se trata de considerar que el uso de esta tecnología, como el "software libre" que facilita compartir la información y la comunicación, coadyuvando al desarrollo del conocimiento, debería tenerse como un bien o servicio público, debido a que si se apoyara la posibilidad de su limitación privada a través de uso de una licencia que impida plena libertad de uso, restringiría el aprendizaje y prohibiría el mismo si no se paga una remuneración al cedente, coadyuvando a comprender así, que el ordenamiento jurídico que conforma el Derecho de Autor deberá cubrir las lagunas y los defectos que se encuentran en el desarrollo de los derechos de los autores y usuarios de un software libre y bajo estándares abiertos.

## RECOMENDACIONES

En atención a las conclusiones allegadas, se recomienda una difusión de las libertades que de acuerdo a la Fundación del Software Libre, conforman este tipo de programa de computación con estándares abiertos, que permita conocer y comprender el sentido y la naturaleza de esta creación de la



propiedad intelectual que busca dejar un legado a la humanidad, como una obra a la que puedan tener acceso y uso todas las personas naturales y jurídicas.

A partir de allí se recomienda además, una urgente adaptación del marco jurídico que conforma el Derecho de Autor, a las generalidades que dimanar de la creación, uso y explotación específica de un "software libre", que ayuden a los autores y los usuarios a conocer los derechos y obligaciones que se generan al adquirir esta determinada aplicación informática, y así como también, se puedan establecer condiciones de relación y contratación basado en la verdadera universalidad del software desarrollado bajo estándares abiertos.

## BIBLIOGRAFÍA

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

**Free Software Foundation**. Fecha de Consulta: 12/12/2005.  
<http://www.fsf.org/>

Hernández, J. (2005). **Software libre: técnicamente viable, económicamente sostenible y socialmente justo**. Editorial Infonomía. Barcelona. España.

**Ley sobre el Derecho de Autor**. (1993). Gaceta Oficial N° 4.638 de fecha 1 de octubre de 1993.

Lipszyc, D. (2001). **Derecho de Autor y Derechos Conexos**. Editorial Félix Varela. UNESCO. Cuba.



Ministerio de Ciencia y Tecnología. (2004). **Libro Amarillo del Software Libre. Uso y Desarrollo en la Administración Pública.** Caracas. Venezuela.

**Proyecto GNU.** Fecha de Consulta: 12/12/2005. <http://www.gnu.org/>

**Reglamento de la Ley sobre el Derecho de Autor.** (1997). Gaceta Oficial N° 5.155 de fecha 9 de septiembre de 1997.