

# Legislación europea y el Open Source / Free Software

**José M. Fidel Santiago Luque**  
Network-sec.com

## 1. Introducción

Quizá la legislación más importante que puede afectar al software libre es la que se refiere a la propiedad intelectual y a las patentes. Ambas son formas legales de "protegerlo". Analizaremos las dos en este artículo.

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual el software se considera un trabajo literario y se le aplica la legislación correspondiente. Las patentes no protegen el software en sí mismo sino la idea nueva e innovadora que hay detrás del desarrollo del mismo.

La propiedad intelectual se aplica por igual a software propietario y a software OS/FS. Ambos tienen licencias basadas en los derechos de autor y la legislación acorde. La aplicación es totalmente distinta, evidentemente, pero basada en los mismos principios legales.

El software propietario hace uso y abuso de la legislación sobre patentes para proteger y ganar dinero con la investigación que se realiza. Sin embargo, el concepto de patente es incompatible con el espíritu del movimiento OS/FS. La idea de compartir el conocimiento es totalmente contraria al concepto de patente.

Estas vías legales no son incompatibles, al contrario, son complementarias. Mientras que una de ellas, la propiedad intelectual protege la expresión concreta que representa el software, las patentes protegen y defienden la idea, el diseño último, del que el software es la implementación. El desarrollador de software puede jugar con ambas para conseguir la protección deseada.

## 2. Propiedad intelectual

### 2.1. Introducción

El mercado de los contenidos es más y más importante cada día. Su importancia va pareja a su íntima relación con la incipiente sociedad de la información. La digitalización de los contenidos permite su reproducción exacta, sin pérdida de calidad alguna. Podemos copiar y distribuir los contenidos digitales allá donde queramos. Una consecuencia, ¿no deseada?, de este desarrollo tecnológico ha sido el increíble desarrollo de la piratería de contenidos. La Comisión Europea, consciente de la importancia y la necesidad de un mercado de los contenidos correctamente legislado, ha desarrollado una serie de directivas destinadas a la protección y el desarrollo de este mercado.

Gracias a la asimilación que se hace del software a una obra literaria, protegible mediante la propiedad intelectual, toda la legislación europea que se hace sobre propiedad intelectual lo afecta de una forma u otra.

## **2.2. La directiva 2001/29/EC. Sobre la armonización de ciertos aspectos del copyright y derechos relacionados en la sociedad de la información.**

Esta es la última directiva de la UE sobre propiedad intelectual. Armoniza las diferentes legislaciones, nacionales o europeas, sobre el copyright y la propiedad intelectual.

El nacimiento de esta directiva ha sido realmente difícil. El 10 de Diciembre de 1997 la Comisión presentó su propuesta. El 10 de Febrero de 1999, un año y dos meses más tarde, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión ciertas modificaciones. La Comisión hizo su trabajo rápidamente y la nueva propuesta estaba lista el 21 de Mayo. El 28 de Septiembre, el Consejo no aceptó todas las enmiendas presentadas por el Parlamento y la directiva tuvo que ser revisada de nuevo. La Comisión se encontraba más cerca del Consejo que del Parlamento. El 14 de Febrero de 2001 el Parlamento, en segunda lectura, aprobó nueve enmiendas a la propuesta. La Comisión, otra vez, tuvo que modificar la propuesta. El 9 de Abril el Consejo le dio el visto bueno a las modificaciones y finalmente, el 22 de Mayo de 2001 la directiva fue finalmente aprobada por el Consejo y el Parlamento. Un claro ejemplo de la agilidad con que se gesta la legislación europea.

El software queda específicamente excluido de esta directiva, exactamente en el artículo 1 de la misma. El software se seguirá regulando por la directiva 91/250/CEE.

## **2.3. Directiva 91/250/CEE. Sobre la protección legal de los programas de ordenador.**

### **2.3.1. Introducción**

Esta directiva regula los derechos de autor para los programas de ordenador. Asimila un programa de ordenador a una obra literaria acorde a la Convención de Berna.

Las patentes se encuentran cubiertas en esta directiva, exactamente, en el artículo 9. Este artículo es totalmente claro: los derechos de autor y las patentes son compatibles.

Es una legislación retroactiva, se aplica al software escrito antes de la fecha de adopción con lo cual abarca a todo el software realizado en la UE.

La directiva 93/98/ECC modifica esta en cuanto a la fecha de expiración de los derechos de autor. Extiende la duración de cincuenta a setenta años. ¿Habrá algún programa tan longevo? Y, de existir, ¿aún será útil?

### **2.3.2. Análisis**

Los programas de ordenador se protegen según los derechos de autor tratando a los mismos como si fueran una obra literaria según se define en la Convención de Berna. Esto incluye la documentación previa a la creación del programa. El programa de ordenador se protege en tanto y cuanto es una creación original en el sentido de que es una creación intelectual de su autor. Nada más.

El autor de un programa será la persona natural o grupo de personas naturales que lo han creado, o, cuando los Estados Miembros lo permitan, una persona legal puede tener el derecho de creación. Los derechos derivados de un trabajo serán compartidos por todo los creadores si son personas naturales.

Si un empleado crea un programa como parte de su trabajo, el dueño de los derechos económicos, y sólo estos, del programa en cuestión será le empresa a no ser que se decida otra cosa por contrato.

El propietario del software tiene el derecho para hacer o autorizar: la reproducción o la modificación del programa y cualquier forma de distribución del mismo.

No se necesitará la autorización para la reproducción o la modificación del software cuando sea necesaria para el uso del mismo por el comprador legal. Tampoco se podrá prohibir la realización de las copias de seguridad por parte del usuario legal. Este, también podrá estudiar un programa para averiguar las ideas subyacentes al mismo.

La decompilación y la modificación del software se permite para conseguir la interoperabilidad de programas independientes. La información obtenida no se usará para otros fines que el mencionado y no se le dará a otras de no ser necesario para conseguir la deseada interoperabilidad.

Los Estados Miembros proveerán de las herramientas legales necesarias para perseguir a aquellos que infrinjan esta legislación. Especialmente: (a) la puesta en circulación de copias ilegales de un programa, (b) la posesión de copias ilegales con propósito comercial, (c) la puesta en circulación o la posesión por motivos comerciales, de medios para eliminar y obviar la protección de un programa.

La protección legal dura toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte o la muerte del último autor superviviente. Si el autor es una persona legal el término de la protección será de cincuenta años desde que el programa se encuentra legalmente disponible al público. Este artículo, el ocho, se actualiza en la directiva 93/98/ECC cambiando la duración de la protección de cincuenta a setenta años.

Esta directiva también se aplica a software creado antes de su aplicación.

### **2.3.3. Comentarios**

El principal motivo de esta directiva, como de tantas otras, es uniformar la legislación sobre la protección de los programas de ordenador. Legislación que, increíblemente, estaba ausente de algunos países de la UE.

Trata de proteger la inversión económica realiza en la investigación de nuevas programas de ordenador. Crea un marco legal para el desarrollo y la explotación de los programas de ordenador en la UE.

Pero esta directiva no solo protege los autores, sino que también protege los derechos de los usuarios. Concede a los usuarios varios derechos para poder ejecutar el software de forma segura y asegurar su interoperabilidad con el resto del sistema.

Esta directiva es, esencialmente, compatible con el desarrollo OS/FS. Reconoce la figura de autor y los derechos necesarios para construir una licencia OS/FS. Es gracias a esta legislación que se pueden crear las licencias OS/FS que luego se usan para proteger y "abrir" el código de este software e impedir que se "cierre".

## **2.4. GPL**

### **2.4.1. Introducción**

Esta es la licencia más extendida en el mundo OS/FS hoy. Es la más restrictiva, también. Aunque no es la única si que es la más importante y el mejor ejemplo de una licencia OS/FS y perfectamente relacionado con la legislación sobre propiedad intelectual.

### **2.4.2. Análisis**

Esta licencia comienza con un preámbulo en el que se explica la filosofía del software OS/FS. Después del preámbulo va la licencia propiamente dicha.

Esta licencia se aplica a "programas" y solo implica los derechos de copia, distribución y modificación. Los más importantes, por otra parte.

Se concede permiso para copiar y distribuir copias exactas del código fuente del programa siempre que cada copia del fuente tiene el copyright apropiado, una declaración de ausencia de garantía y una referencia a la licencia. Claramente permite el cobro por la copia física del código fuente.

Se puede modificar el programa siempre que: (a) el programa lleve un mensaje anunciando que esta es una versión modificada, (b) la modificación también debe llevar esta licencia, y (c) el programa debe informar sobre la licencia.

Se puede integrar software GPL dentro de un sistema propietario siempre que la separación entre ambos sea suficiente para identificar cada uno y poder cumplir esta licencia por completo. Así, podríamos usar una base de datos GPL junto con un ERP propietario sin violar la GPL.

Se puede distribuir un programa en forma binaria, o ejecutable. Aparte de cumplir las condiciones aplicadas al código fuente hay que acompañar el ejecutable con el código fuente.

La infracción de la licencia finaliza los derechos del propietario del software bajo esta licencia. Otros que hubieran obtenido el software del infractor conservan sus derechos aunque este los haya perdido.

Los creadores de esta licencia, conscientes del problema de las patentes, las tratan de forma clara: si hay patentes que entran en conflicto con esta licencia esta licencia no deja de aplicarse. Si la distribución bajo esta licencia y la patente en cuestión es imposible entonces es la distribución la que se acaba, no dejan de tener efecto ni la licencia, ni las patentes.

El uso de partes de software GPL dentro de otros programas licenciados libres pero no GPL se permite siempre que se escriba al autor para pedir permiso.

El mensaje de no garantía aparece al final de la licencia. No es diferente de otros mensajes iguales en el software propietario. El software no tiene ninguna garantía y el autor no es responsable por ningún daño que el mismo pueda causar.

## **2.5. Conclusiones**

La legislación europea sobre propiedad intelectual es estándar y común a las legislaciones nacionales preexistentes y a la que se puede tener en otros países fuera del espacio UE. Su acomodo a las licencias OS/FS existentes es total puesto que estas ya se hicieron basándose en legislaciones equivalentes. No solo no representa un freno al desarrollo del movimiento OS/FS sino que constituye la base jurídica sobre la que poder apoyar las licencias del mismo y sobre la que defender los derechos de los autores de software OS/FS sobre sus programas.

## **3. Patentes**

Las patentes son la segunda forma de protección de los programas de ordenador. Junto con la propiedad intelectual completan los mecanismos legales para controlar y proteger el desarrollo y la distribución de software.

Una patente es el derecho exclusivo sobre una invención. Una invención es el producto o proceso que ofrece una nueva forma de hacer algo o una nueva solución técnica a un problema. Una patente protege la invención por un periodo de tiempo limitado, veinte años es lo normal. Así, una invención no puede ser fabricada, usada, distribuida o vendida sin el consentimiento del titular de la patente. Estos derechos puede ser vendidos a un nuevo titular.

### **3.1. Patentes en Europa**

Las patentes en la UE están basados en dos sistemas: la patente nacional y la europea. Ninguna de las dos tiene una legislación comunitaria detrás.

Las patentes nacionales fueron las primeras que aparecieron. Estas patentes han sido armonizadas "de facto" en todos los países de la unión: todos los miembros de la UE han firmado la Convención de París para la protección de la propiedad industrial (20 de Marzo de 1883) y el acuerdo TRIPS (Trade-Related aspects of Intellectual Property rights) (aspectos comerciales de los derechos de propiedad industrial) el 15 de Abril de 1994.

La patente europea se basa en la Convención sobre Patente Europea, "La Convención de Munich" de 1977.

La CPE concede derechos en tantos países como lo desee el solicitante. Esto dota de una gran flexibilidad. La CPE no proporciona un tribunal a nivel europea sino que los tribunales nacionales son los que han de resolver los problemas que surjan. Nada impide a diferentes tribunales dirimir las solicitudes que se les hagan de diferente forma. La CPE estableció la Oficina Europea de Patentes (OEP) para gestionar las patentes europeas.

El 24 de Julio de 1997 la Comisión presentó un Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa (COM(97) 314 final). Como resultado del debate iniciado por este papel la comisión desarrolló una comunicación (COM(99) 42 final) para el Consejo, el Parlamento y el Comité Económico y Social sobre este Libro Verde. En esta comunicación la Comisión propuso diferentes iniciativas y legislación sobre la patente comunitaria. El 5 de Julio de 2000 la Comisión presentó una propuesta para una regulación del consejo sobre la patente comunitaria (COM(2000) 412 final). El Consejo desea que esta propuesta se apruebe lo antes posible pero no parece fácil.

### **3.1.1. La patente comunitaria**

El sistema de patente comunitaria propuesta por la Comisión debe convivir con los sistemas en uso (los sistemas nacionales y el CPE). La coherencia entre estos sistemas se consigue gracias a la adhesión de la UE a la Convención de Munich. La OEP será la organización que se encargue de examinar las patentes y conceder la patente comunitaria. La OEP seguiría haciendo el mismo trabajo de siempre.

Las principales características de la patente comunitaria son: unidad y autonomía. Solo se pueden conceder, transmitir, revocar o expirar para toda la comunidad y solo puede ser sujetas a la legislación propuesta y al derecho general de la UE. CPE regulará el sistema de patentes de esta patente comunitaria. Esta patente es, en definitiva, una patente europea en el sentido del Convenio de Munich en la que el área de aplicación es la comunidad al completo.

A día de hoy, el coste medio de una patente europea (para ocho países) es, aproximadamente, EUR 30.000. El coste de las traducción se lleva sobre el 39% del total. La propuesta de la comisión trata de reducir el coste de la patente reduciendo el coste de la traducción y del procedimiento.

Para reducir el coste de la traducción la propuesta requiere la traducción de toda la petición de patente a una sola lengua de las de trabajo del OEP y dos traducciones adicionales de las reivindicaciones a las otras dos. Así, traducir una patente completo a todos los idiomas comunitarios costaría unos EUR 17.000, a las tres lenguas de la OEP, EUR 5.100, y, según la propuesta de la comisión, EUR 2.200. Está claro que es mucho más barato.

Otra propuesta de la comisión es igualar el coste de los procedimientos con los de los principales socios comerciales. La patente europea es tres veces más cara que la japonesa y casi cinco veces más cara que la americana. Como es la OEP quien examina las patentes y sus tarifas vienen fijadas por el Convenio de Munich la Comisión no puede cambiarlas. Pero si que puede modificar los costes de renovación y lo hace acercando la patente europea a la japonesa y la americana.

Para resolver los problemas legales que surjan alrededor de las patentes la Comisión propone la creación de un Tribunal Comunitario sobre Propiedad Intelectual. De esta forma se conseguiría la uniformidad en la legislación y la jurisprudencia.

El nacimiento de la patente comunitaria está siendo muy difícil. Un asunto tan importante como es la propiedad industrial no es fácilmente dejado de lado por los estados miembros. Aunque la Comisión está trabajando duro para conseguir la aprobación de la propuesta, aún no se ha conseguido.

## 3.2. Patentes y programas de ordenador

### 3.2.1. Introducción

Las patentes son importantes en este trabajo a causa de la nueva propuesta de la Comisión sobre las patentes para los programas de ordenador. Este no es un punto fácil y hay dos opiniones enfrentadas acerca de él: las patentes ayudarán a desarrollar la industria europea del software y las patentes impedirán su desarrollo. La tercera opción: mejor dejamos las cosas como están, también está siendo defendida por algunas empresas del sector como IBM. De un lado la Comisión, la BSA e importantes empresas del software (europeas y, mayormente, no europeas). Del otro lado la comunidad OS/FS representada, fundamentalmente por Eurolinux y las principales PYMES europeas del mundo de la informática.

No es una legislación trivial. Las patentes pueden cambiar totalmente las reglas del juego para el desarrollo del software y, especialmente, el desarrollo del software OS/FS. Si Europa, y la Comisión, van a apostar por el software OS/FS tiene que pensar detenidamente la legislación sobre patentes.

### 3.2.2. Legislación

Los principios legales básicos sobre la patentabilidad de los programas de ordenador son dos:

Los programas de ordenadores "como tales" no son patentables siguiendo el artículo 52 de la CPE. Las leyes nacionales reproducen de una forma u otra este artículo.

Las patentes se conceden a invenciones que son nuevas, proporcionan un avance tecnológico y tienen una aplicación industrial.

Basados en estos principios, diferentes tribunales europeos han resuelto que una invención técnica que usa un programa de ordenador es patentable. El primero y más importante de estos ejemplos viene de dos decisiones del Comité Técnico de Apelación, ambas involucrando a IBM. El Comité llegó a la siguiente importante conclusión:

"Según este Comité, un programa de ordenador "como tal" no es excluido de patentabilidad si el programa, cuando es ejecutado o cargado en un ordenador, produce, o es capaz de producir, un efecto técnico que va más allá de las interacciones físicas normales entre el programa y el ordenador en que el que se ejecuta."

A día de hoy, en Europa, hay alrededor de 15.000 patentes para programas de ordenador y aproximadamente el 75% de ellas corresponden a grandes empresas de software no europeas.

### 3.2.3. Revisión de la situación

La Comisión y el Parlamento Europeo están de acuerdo en la patentabilidad de los programas de ordenador si el producto es "nuevo" y es la aplicación industrial de una innovación técnica. La Comisión ha propuesto dos acciones: una directiva para armonizar las legislaciones nacionales sobre la patentabilidad de los programas de ordenador y la modificación del Artículo 52(.2.c) del CPE para eliminar los programas de ordenador de la lista de exclusión de patentes.

El 20 de Febrero de 2002, la Comisión presentó una propuesta de directiva (COM(2002) 92 final). El 19 de Octubre de 2000 la Comisión comenzó una consulta oficial acerca del impacto social y económico de la patentabilidad de los programas de ordenador. Como resultado de esta consulta se creó el estudio "The economic impact of patentability of computer programs".

### 3.2.4. Propuesta de directiva de la Comisión

El objetivo de esta propuesta es armonizar las legislaciones nacionales sobre las patentes de programas de ordenador y clarificar las condiciones de patentabilidad.

En el artículo 1 se concreta el alcance: la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador. El artículo 2 engloba las definiciones: "Invención implementada en un ordenador": cualquier invención que conlleva el uso de un ordenador y que tiene una o más características novedosas las cuales se llevan a cabo gracias al uso del ordenador. "Contribución técnica": una contribución al "estado del arte" de un campo técnico que no es obvia para alguien competente en semejante campo. El artículo 3 especifica que cualquier invención que involucra un ordenador pertenece a un campo técnico.

El artículo 4 define las condiciones para la patentabilidad:

1. La invención tiene que tener una aplicación industrial, ser nueva, y conllevar un salvo inventivo.
2. La invención debe hacer una contribución técnica.
3. El total de la invención debe ser evaluado para determinar la contribución técnica al "estado del arte"

Artículo 5: una invención implementada en ordenador puede ser implementada a través de un ordenador a o de cualquier apartado programable con el programa dentro.

El artículo 6 es muy importante. Relaciona la propiedad intelectual con esta directiva. Ambas son de aplicación.

El artículo 7 comprende la obligación de la Comisión de monitorizar el impacto de esta directiva. El artículo 8 está relacionado con el anterior. Después de la monitorización, la Comisión tiene que informar: sobre el impacto de esta directiva, si aún es válida, y, si han surgido patentes "erróneas", de que manera resolver esto.

Los artículos 9, 10, 11 son artículos administrativos sobre la aplicación de la directiva, su entrada en efecto, etc.

### **3.3. Conclusiones**

En mi opinión el actual estado de las patentes de programas de ordenador ha de ser revisado. Si los programas de ordenador no pueden ser patentados es increíble que se hayan concedido más de 15.000 patentes sobre los mismos. Está claro que hace falta una legislación a nivel europeo que unifique los criterios necesarios para poder patentar un programa de ordenador. Me inclino por la propuesta de EuroLinux más que por la de la Comisión Europea. En la propuesta de EuroLinux se hace hincapié en el uso de los programas de ordenador a nivel industrial y siempre conducentes a "la modificación de la materia" como objetivo del mismo. De este modo las patentes de ordenador estarían más cercanas al espíritu inicial de las patentes que es la defensa de la innovación "industrial".

## **4. Conclusiones**

La UE dispone a día de hoy de una legislación, la de propiedad intelectual, y una propuesta de legislación, sobre la patentabilidad de los programas de ordenador, que afectan al desarrollo del software OS/FS.

La legislación sobre propiedad intelectual, más que beneficiosa, es el marco legal sobre el que basar la propiedad del software OS/FS, algo reconocido por la comunidad, y el que provee de los derechos necesarios para poder "abrir" el software e impedir un uso fraudulento del mismo.

La propuesta de la Comisión sobre las patentes de software puede perjudicar el desarrollo del software OS/FS. Como ya plantean diversos documentos, las patentes no sólo pueden representar un freno al desarrollo de la tecnología de las telecomunicaciones y la informática en general, afectan de forma especial al software OS/FS debido a sus especiales características.

Confiemos en que entre el Parlamento Europeo y el Consejo consigan rehacer la propuesta de la comisión y conseguir un sistema de patentes comunitario que apoye y desarrolle el movimiento OS/FS.

## Bibliografía

- Comisión Europea , *COM(1994) 347 final, Europa en marcha hacia la sociedad de la información .*
- Comisión Europea , *COM(1995) 382 final, Derechos de autor y derechos afines de la sociedad de la información .*
- Comisión Europea , *COM(1996) 568 final, Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines de la sociedad de la información .*
- Comisión Europea , *Directiva 2001/29/CE, Relativa a la armonización de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información .*
- Comisión Europea , *Directiva 91/250/CEE, sobre la protección jurídica de programas de ordenador .*
- Comisión Europea , *Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines .*
- Convenio de Munich sobre la Patente Europea (CPE) , 1973 .*
- Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria (CPC) , 1975 .*
- Acuerdo en materia de patentes comunitarias (APIC) , 1989 .*
- Comisión Europea , *COM(97) 314 final, Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema europeo de patentes .*
- Comisión Europea , *COM(99) 42 final, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Consejo Económico y Social sobre el seguimiento que debe darse al Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema europeo de patentes .*
- Comisión Europea , *COM(2000) 412 final, propuesta de Reglamento del Consejo sobre la patente comunitaria .*
- Comisión Europea , *COM(2002) 92 final, propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador .*
- Gretel (COIT) , *Gretel 2002, Nuevo diseño europeo de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet .*
- Free Software Foundation , *GNU GPL (www.gnu.org) .*
- Robert Hart y John Reid , *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs .*
- IBM , *Role of national patent offices, the European Patent Office, as well as the Japanese and US patent offices in promoting the patent system Final report to the European Commission Almere , 2003 .*
- PbT Consultants , *The results of the European commission consultation exercise on the patentability of computer implemented inventions .*
- IBM , *Europe Response to the Services of the Directorate General for the Internal Market The Patentability of Computer-Implemented Inventions Consultation Paper of 19.10.2000 .*
- James Bessen y Eric Maskin , *Sequential innovation, patents and imitation .*
- Jesús González-Barahona , *EU Consultation on Software Patents Contribution , December 2000 .*
- EuroLinux Alliance , *DGIM Consultation on Software Patents , 2000 .*



**BSA**, *Comments to the European Commission Consultation Paper on the Patentability of Computer-Implemented Inventions*.