

Patentabilidad del software
¿Falso problema jurídico?
¿Verdadero problema social?*

Por

Michel Vivant

Profesor en la Universidad de Montpellier, Francia
Director del Equipo de investigación “Creaciones inmateriales y Derecho”
Experto para las autoridades francesas y europeas
Bufete Danton, Paris

Traducido por

Fanny Coudert

Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense (España) y la Sorbonne (Francia)
Máster en Informática y Derecho

1.- La cuestión de la patentabilidad de los programas de ordenador agita desde hace tiempo los microcosmos de la informática y del “derecho de la informática”.

Hace treinta años, sin embargo, nadie hacía de ello “*un cheval de bataille*”¹. La patentabilidad de los programas no parecía levantar ningún problema teórico. Como mucho, se subrayaba la dificultad que podía existir para acceder concretamente a la patente, en particular respecto a la exigencia de actividad inventiva².

Con la aparición más tarde del derecho de autor la discusión pareció zanjada. Cuando un universitario – como el que firma la Ponencia- escribía que quizás no fuera razonable, a pesar de todo, olvidarse de la patente en presencia de una creación eminentemente funcional³, los juristas no veían más -por supuesto- que una idea... de estudiante universitario.

2.- Es cierto que la patente es “redescubierta” de manera extraña. Si bien, según la Oficina Europea de Patentes, es necesario que una innovación tenga una naturaleza técnica para poder ser calificada de invención⁴, puede parecer extraño la manera con la cual, al hilo de sus decisiones, esta oficina discierne tecnicidad donde no se la esperaba realmente⁵ y, más aún, la manera con la cual las autoridades comunitarias contemplan esta exigencia en su propuesta de directiva sobre la patentabilidad de las “invenciones implementadas en ordenador” de febrero 2002. Uno puede leer, efectivamente, en el

* La presente ponencia se apoya en gran parte en un estudio realizado para el Institut national français de la propriété industrielle por M. Vivant y J.-M. Bruguière : *La brevetabilité de l'innovation technique contemporaine*, 2002, en la cual se examinan la cuestión de la patentabilidad de los programas de ordenador y también de las « *business methods* » y de las secuencias genéticas así como, aprovechando la ocasión, cuestiones de carácter fundamental como la de la definición de la noción de invención. El estudio debería ser publicado próximamente.

¹ *Ndt.* La traducción literal de esta expresión es « caballo de batalla ». Designa algo por lo que se lucha.

² En Francia esta idea aparece sobre todo en la tesis del profesor Lucas (A. Lucas, *La protection des créations intellectuelles abstraites.*, Litec, 1975).

³ Paris, 13eme ch., 4 de junio 1984, JCP 1985 ed. E., II, 14409, nota Vivant.

⁴ Ver en este sentido OEP, CRT, 19 de marzo de 1992, T 854/90, 3.4.1., Lecteur de carte / IBM, DOOEP 1993, 669 ; o bien OEP, CRT, Div, Opp., 8 de diciembre de 1994, Howard Florey Institute, DOOEP 1995, 388.

⁵ Ref. M. Vivant y J.-M. Bruguière, Estudio antes citado, especialmente n° 43

artículo 3 de dicho texto, que “Los Estados Miembros garantizarán que se considere que las invenciones implementadas en ordenador pertenecen a un campo de la tecnología”. Ahora bien, como ya he escrito en otra ocasión, “cómo podremos entender esta disposición (“Los Estados miembros garantizarán que...”) puesto que no hace falta garantizar una calificación si esta calificación no es una falacia, a no ser que quiera decir que una invención implementada en ordenador debe ser considerada como tecnológica”⁶. ¡Acto de fe más que acto jurídico!

Al mismo tiempo, los partidarios del “software libre” se oponen con igual fe y con la misma fuerza a la idea de esta patentabilidad del software, acusándola de todos los males. Los argumentos que merecen ser considerados –por ejemplo acerca de la pertinencia de la patente en el sector de las tecnologías de la información– se mezclan con consideraciones marcadas por el sello de la ignorancia –como la consistente en decir que la patente favorece el secreto–.

3.- ¿Y si, fundamentalmente, toda la discusión se hubiera desviado y, en un sentido como en otro, nunca se hubiera planteado como debería serlo? ¿Y si en el fondo todo esto no fuera más que un gigantesco malentendido, incluso deliberadamente cultivado?

Cuando en la Convención de Munich, se dispuso, en el artículo 52, que “no son consideradas como invenciones en el sentido del párrafo 1 en particular (...) los programas de ordenador”, estaba claro, en la mente de todos, que se trataba de evitar sencilla y brutalmente que los programas puedan ser objeto de patente. Los arabescos pretendiendo demostrar lo contrario surgieron más tarde. La no patentabilidad era proclamada como norma y el programa rechazado fuera de la patente de manera casi ontológica.

Pero hoy en día, las invenciones implementadas en ordenador (cuyos programas de ordenador son “una de las formas”, como lo dicen las mismas directrices de examen de la OEP⁷) deben ser consideradas como tecnológicas, como se ha subrayado anteriormente⁸. Pero uno termina cuestionándose si la tecnología no ha cambiado y si, ontología nueva, el programa, hasta hoy necesariamente no tecnológico, no se ha hecho necesariamente tecnológico...¿en virtud de algún concilio europeo!

Parece que la cuestión siempre deba zanjarse como si el programa de ordenador fuera una realidad “en sí”, una e indivisible (como la República Francesa...)⁹. De hecho, es así cómo la cuestión siempre se plantea: ¿El programa de ordenador es o no es, debe o no debe, ser patentable?

4.- Sin embargo, hablando de patentes, sería conveniente razonar según las categorías de la patente e, ignorando un instante el artículo 52 de la Convención de Munich, preguntarse lo que, en un programa, podría ser calificado de invención eventualmente patentable. Pero, como la patente es una herramienta concebida para desempeñar cierta función en cierto contexto (ha nacido verdaderamente en el siglo

⁶ M. Vivant y J.-M Brugière, Informe antes citado sobre *L'innovation technique contemporaine*, 2002, nº63. Ver también M. Vivant : Proposition de directive sur « la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur » : une mystification ?, Cahiers Lamy Informatique 2002, juin (C), p. 1.

⁷ Directrices, Parte C, Cap. IV : Patentabilidad, 2. Invenciones.

⁸ *Supra* nº2.

⁹ *Ndt.* Alusión a lo que proclamaban las primeras Constituciones Francesa

XVIII con la revolución industrial), es igualmente pertinente preguntarse si se ha adaptado de verdad a estas “nuevas innovaciones” cuyo corazón reside en un tratamiento de la información.

Se desplaza el debate y, a mi juicio debidamente, del terreno de la más pura técnica jurídica hacia el de la política jurídica.

5.- La idea original no es, entonces, pronunciarse sobre el carácter patentable, o no, “en sí” del programa, sino preguntarse sobre lo que puede o podría, detrás del programa, ser analizado como una invención que deba acceder a la patente.

Sin duda no hay que relegar a un segundo plano las condiciones de novedad y de actividad inventiva, (la aplicación industrial es de un orden diferente y puede seguramente incluirse en la exigencia de invención, por lo menos tal y como es caracterizada por la OEP)¹⁰ pero, en la medida en que la Convención de Munich parece haber denegado el carácter de invención a los programas¹¹ y que la OEP ha abierto el camino de la patentabilidad encontrándoles un carácter tecnológico propio que les cualifica como invención, parece legítimo concentrarse en esta primera pregunta.

¿Qué pensar, por tanto, de la invención en “el universo del software”?

Información e invención

6.- Primera observación: como es sabido, es usual, para caracterizar la invención, razonar en términos de solución técnica aportada a un problema técnico. Las doctrinas alemana y francesa, en particular, lo enseñan con cierta constancia. Y la OEP lo ha juzgado expresamente: “Toda invención debe tener un carácter técnico: debe aportar una solución técnica a un problema técnico”¹².

Esto sin embargo no resuelve nada cuando se es consciente que el término “técnico” es un término perfectamente polisémico, sin valor discriminante. ¿Se habla de la técnica de la danza, de la técnica deportiva o de la técnica del derecho!¹³

En realidad, lejos de todo rigor, autores como la OEP privilegian un “sentido común”¹⁴ en el que la técnica se sitúa a la sombra de la ciencia (más exactamente de las ciencias “puras”) y se traduce en términos de producción. El diccionario francés Robert propone de esta forma una definición que remite al “conjunto (de los) procedimientos metódicos, fundados sobre conocimientos científicos, empleados para la producción” o

¹⁰ Ref. Convención de Munich, art. 52 y ss.

¹¹ El razonamiento es quizás más sutil : sobre este punto ver M. Vivant y J.-M. Bruguière, Estudio antes citado, nº 24 y ss.

¹² OEP, Div. Opp., 8 de diciembre de 1994, Howard Florey Institute, antes citado. Y ya en OEB, CRT, 5 de octubre de 1988, T 22/85, 3.5.1, Resumen y búsqueda de documentos / IBM (DOOEB 1990, 12): « Se desprende de la regla 27 (1) que la invención consiste fundamentalmente en la resolución de un problema, y que este problema deba de ser de orden técnico. Es evidente que la solución de este problema técnico, mencionado en la regla 27 (1) deba también presentar un carácter técnico ».

¹³ Sobre ello- pero no da lugar a mucha discusión- ver M. Vivant y J.-M- Brugière, Estudio antes citado, en particular nº 33 y 46.

¹⁴ Que es todo menos científica

bien al conjunto de los procedimientos “que son empleados para la investigación y la transformación de la naturaleza”¹⁵.

A la definición dada no le faltan presuposiciones pero no es éste el lugar para examinarlas. Hay que señalar, por contra, que desde el punto de vista que nos ocupa, el empleo de la expresión “transformación de la naturaleza” resulta especialmente interesante. Con esta opción, que están lejos de recusar los medios de las patentes¹⁶, no estamos lejos del redescubrimiento del criterio de la patente industrial. Sin embargo, si la preocupación es hacer acceder a la patente innovaciones de otro orden y en particular de naturaleza informacional, es ciertamente necesario aceptar que la “técnica” no es necesariamente “industrial”.

Realmente, un programa puede servir para hacer funcionar una cadena de montaje y, desde este punto de vista no se distingue en su función de una invención “industrial” tradicional. Puede igualmente resolver un problema de puro tratamiento de información y entonces se trata de otra cosa.

¿Patentable? ¿No patentable? ¿Técnico? ¿No técnico? Según mi parecer, al final se trata más de una decisión política (en el sentido propio del término: de una decisión de sociedad) en la cual el derecho interviene solamente de forma marginal.

Es cierto que se puede adoptar una postura aún más radical y, sin continuar otorgando más al término “técnico” una definición “canónica” rigurosa que sería bastante difícil de proporcionar, admitir que puedan ser consideradas como invenciones meras soluciones técnicas a problemas incluso no técnicos¹⁷. El verdadero mérito verdadero de la construcción reside en permitir tomar en cuenta estas innovaciones de un nuevo tipo, que pueden resultar útiles a la sociedad actual: económicas, “comunicacionales”,..., sin otorgar la patente más que a verdaderos innovadores. Se corre el peligro de que ello no puede llevar demasiado lejos y conducir, por ejemplo, a la aceptación de la patentabilidad de las *business methods*¹⁸

Sería entonces considerada como invención la innovación que se apoya en conocimientos provenientes de las ciencias puras, *cualquiera que sea la naturaleza del efecto producido*¹⁹.

Dicho esto, incluso valorando que se deba permanecer en posturas más clásicas, resulta evidente que en principio no es imposible que una innovación que implique un

¹⁵ *Petit Robert*, ed. 2001.

¹⁶ Podemos encontrar una idea similar, de hecho, en la decisión Rote Taube del *Bundesgerichtshof* del 27 de marzo de 1969, antigua decisión, es cierto, anterior a la Convención de Munich, para la cual « una invención técnica es una instrucción para actuar de una manera determinada por el empleo directo de fenómenos naturales controlables para alcanzar un resultado previsible por las causas » (BGH 27 de marzo de 1969, GruR 1969, 672)

¹⁷ La idea ha sido defendida en particular por M. Warusfel quien tiene la doble cualidad de universitario y de consejero en propiedad industrial por la INPI para la preparación del informe sobre la innovación técnica contemporánea, precitado.

¹⁸ Que la OEP sigue pretendiendo rechazar (ver Comunicado de la OEP del 26 de marzo de 2002 acerca de los métodos en el campo de las actividades económicas, DOOEP 2002, 260). Es necesario, sin embargo, leer con circunscripción el Comunicado por el cual recuerda esta postura.

¹⁹ *Ref.* M. Vivant y J.-M. Bruguière, Estudio antes citado n°48, estudio en el cual esta definición se propone como una de las posibles de la invención.

tratamiento de la información pueda ser considerada como una invención potencialmente patentable. Pero es necesario descubrir dónde reside efectivamente la invención.

Invención y programa

7.- Si el programa no es en sí una invención, sino que programa e invención no son dos nociones antinómicas, queda efectivamente pendiente identificar lo que puede ser llamado invención bajo la denominación de programa.

Se dejará de lado la hipótesis del programa asociado a una máquina, al no estar ya el programa, en cuanto tal, en tela de juicio²⁰.

Al considerar el programa en si mismo, hay que partir de la observación según la cual éste es entendido en general como una serie de instrucciones destinadas a una máquina (el ordenador) y más precisamente, a hacer producir a dicha máquina un cierto resultado.

Serie de instrucciones: se realizan de forma escrita y dicha escritura no podría, por supuesto, como tal, ser patentable –observación que, de hecho, ha justificado recurrir al derecho de autor para entender el programa precisamente como obra escrita-.

“ Pero las cosas cambian si se toma en cuenta, no solamente esta escritura, sino el programa en tanto permite alcanzar determinado resultado. Se trata en este caso, de forma muy clásica, de un proceso. Un proceso “escrito”, es cierto, para el cual la escritura es una etapa obligatoria que asegura toda la eficacia a dicho proceso, pero un proceso.

Sin duda, en una concepción muy materialista o “materializante”, J.M. Mousseron define en estos términos el proceso: “Por proceso, se entiende el sistema de intervenciones de agentes químicos o de órganos mecánicos cuya puesta en marcha conduce a la obtención de un objeto material denominado producto o bien de un efecto inmaterial denominado resultado.”²¹

El profesor Pollaud-Dullian recoge la misma idea sin “encerrar” de igual forma el proceso en lo material. El proceso, dice, es “un sistema en el cual un método o

²⁰ En la línea de la decisión Koch, juzgando que si un programa de ordenador en combinación con un **calculador** universal generalmente conocido hace funcionar éste de una manera diferente, la combinación de los dos es susceptible de ser patentada como invención (OEP, CRT, 21 de mayo de 1987, T 26/86, 3.4.1., JCP 1988, ed. E, II, 15297, n. 3, obs. Vivant y Lucas). Siguiendo esta hipótesis, otros razonamientos podrían ser apreciados, empezando por la ya antigua construcción hecha por G. Vandenberghe proponiendo concebir las cosas en términos de « máquina virtual » (A.-P., Meijboom y G. Vandenberghe, « Países Bajos », en *La protection du logiciel en Europe*, bajo la dirección de M. Vivant, p. 139 y ss.). Es interesante resaltar la idea de M. Trudeau : « *I submit that modern computer program is not merely a scientific principle and is not merely an abstract theorem. Perhaps a computer programme should be viewed as a specific machine component and treated like other specific machine component* » (« *Software Patents* », Revue canadienne de la propriété intellectuelle, sept. 1992, vol. 9, n° 2, p. 234, espécialemente p. 237).

²¹ J.M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, 1984, n°132.

agentes y medios cualesquiera (mecánicos, químicos...) permiten obtener, bien un producto, bien un resultado inmaterial.²²

Y hemos mencionado antes que entonces la invención reside en el camino de acceso” a este resultado.²³

Aquí es donde podemos encontrar una invención en un programa de ordenador. El programa debe ser considerado como un proceso, como un conjunto de etapas conduciendo a un cierto resultado²⁴ (siendo quizás la escritura el medio de realización de este proceso, como...se ha sugerido²⁵).

Se hable o no de “patentes de programa”, el derecho de patentes no puede pretender alcanzar otra cosa que estas etapas, que no podrían ser identificadas con la escritura contemplada por el derecho de autor (incluso si está claro que existen algunos recortes inevitables, que habrá que contemplar)²⁶.

El alcance de la patente está, por esto mismo, necesariamente limitada, con razón, a este encadenamiento de etapas.

Y si la invención patentada tiene por objeto una serie de etapas para la obtención de un resultado, es este mismo encadenamiento en la obtención del resultado el que va a estar reservado, solamente él, para la patente, ya sea “interno” o “externo”.²⁷

Es claramente secundario, en el fondo, que se trate de un programa.

De esta forma parece bastante difícil pretender pasar del proceso al producto, como lo hacen sin embargo hoy en día las grandes Oficinas²⁸.

Se comprende muy bien la opción propuesta que trata de facilitar la persecución de la falsificación, en el segundo caso constituida desde el instante en el que la fabricación (o importación) del producto es realizado.

²² F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n°200.

²³ J.Foyer y M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 115 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 200.

²⁴ Es también la primera opinión expresada por M. Breese [consejero en propiedad industrial] durante su audición. Ver también F. Sardain, *La protection juridique des interfaces logicielles*, Thèse Poitiers, 2002, en particular n° 532 y especialmente n° 538 y ss.

²⁵ Ph. Haïcour.

²⁶ Este desarrollo a partir de : « Pero las cosas cambian... » es sacado del estudio llevado a cabo por M. Vivant y J.-M. Bruguière sobre *L'innovation technique contemporaine*, antes citado, especialmente n°62.

²⁷ Para remitir a una oposición sobre el efecto técnico esperado del programa hecho por la OEP, según el hecho que el programa tenga un efecto exterior de tipo *monitoring*, por ejemplo, o únicamente interno a la máquina -oposición sobre la cual, ciertamente, no se trata de volver aquí-. Será suficiente con recordar que, para la OEP, es necesario, en el segundo caso, reconocer que hay una invención patentable, siguiendo un decisión IBM de 1998, «si la puesta en marcha [de un programa] sobre un ordenador produce un efecto técnico suplementario yendo más allá de instrucciones físicas «normales» entre programa y ordenador» (OEP, CRT, 1 de julio de 1998, T 1173/97, Producto « Programa de ordenador » IBM, DOOEP 1999, 609). Ver también, originándose de la Oficina, Directrices, Parte C, Cap. IV : Patentabilidad, 2. Invenciones, p60a.

²⁸ *Ndt.* El autor se refiere a los organismos oficiales

Pero se plantea la cuestión de la legitimidad de esta reorientación o de esta desviación. Si la invención reside en un encadenamiento de etapas que conducen a cierto resultado, aparece poco claro cómo se lo podría relacionar con un soporte. Y la fascinación por lo material o la materialización de las cosas en el mundo de la patente no puede ser una justificación suficiente. Porque, si bien es cierto que se encuentra en las directrices de la OEP la indicación según la cual el producto es una sustancia, una composición, o de manera más amplia “cualquier entidad física”²⁹, estas mismas directrices dicen que las reivindicaciones tratan entonces de la “entidad física”³⁰. ¿Se reivindicaría un derecho sobre el disquete?

Añadiremos que, cuando los juristas quieren escapar de la divulgación del código fuente -lo que se entiende bastante bien porque es dar mucho a los competidores- me parece claro que, si solamente se reivindica un proceso, la descripción no debe tratar más que del encadenamiento de las etapas en cuestión, y ello no implica en absoluto que el código fuente sea desvelado si la escritura del programa no presenta ninguna dificultad para el “*homme du métier*”³¹ a la vista de sus “conocimientos de base”.³² Por contra, podemos legítimamente preguntarnos si la reivindicación del programa, como producto, no debería, en coherencia, obligar a tal divulgación. Comparto el parecer de este observador alemán, M. Kiesewetter-Köbinger, para quien “hay que asumir las consecuencias de sus decisiones”³³. De hecho, en Estados Unidos, en el caso *In re Sherwood*, se decidió que la revelación de “todo el programa” era necesaria en la mayor parte de los casos.

9.- La verdad es que corremos el riesgo de volver a ver con la patente lo mismo que ya ocurría con el derecho de autor: una desnaturalización fuerte del derecho que se pretende movilizar para mayor satisfacción de los *lobbies* más activos y eficaces, con un monopolio que se extiende bastante más de lo que debería ser su campo natural y de obligaciones que se eliminan tanto como sea posible.

Estamos en la instrumentalización pura y dura del derecho. Resulta aún más justificado no sólo intentar volver a centrar el debate, tal y como hemos intentado

²⁹ Directrices, Parte C, Cap. III : Revendicaciones, 3. Diferentes tipos de reivindicaciones.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ndt.* Expresión francesa que se refiere a una persona con experiencia en una materia dada.

³² Todo depende de lo que precisamente es reivindicado

³³ Se encuentran escritas de su propia pluma, las observaciones siguientes : «*If one wants to regard programmes for data-processing systems themselves as inventions and to make these accessible for patent protection as such (...) then one should think more precisely what could be the consequences.*

*If one regards the definitions of a programme quoted above again, one recognises that all instructions understandable for a computer which solve a task represent a programme. The specialist knows programmes in binary form and/or their description in Hexcode, as well as programmes in one of the many programming languages (Java, C++, Tcl/Tk, Perl, Lisp, Python, Postscript, HTML, TEX, Ada, Fortran, Pascal, Basic, Cobol,...). Also combinations of graphic programming with textual supplements are known (LabView and others). If the programme is executable on a computer and if it causes the procedure to be implemented, it is to be regarded as solution of the task, all the same whether it is executable by the processor directly — or only with the help of further well-known programmes (operating system, compiler, interpreter, emulator, virtual machine,...). Together with the indication, under which conditions this programme is executable (type of processor, operating system, program libraries or what else may influence executability) the programme code is, in the opinion of the author, even the only unambiguous revealing form of the solution of the task » («*On the Patent Examination of Programs for Computer* », <<http://swpat.ffii.org/vreji/papri/patpruef/indexen.html>> (consulta dic. 2001)).*

realizar (busquemos el proceso detrás del programa), o al menos no nos encerremos en una lectura tristemente positivista de las cosas.³⁴

Programa y patente

10.- Que pueda haber materia patentable es una cosa³⁵. Que deba haber patente es otra cosa muy distinta.

Efectivamente, si el derecho tiene una función de regulación de las relaciones sociales, no puede, a mi parecer, pensarse como un universo cerrado. Y cuando algunos adelantan argumentos contra la patentabilidad que no son propiamente jurídicos, sería, a mi entender, un error no escucharles -incluso si al final uno no se deja convencer-. No puede haber debate sin contraste de reflexiones.

11.- Ahora bien, si hemos entrado, indiscutiblemente, en una economía de la información y si, en dicha economía, las patentes ocupan cada vez un lugar más estratégico³⁶, no se ha demostrado que la patente, a pesar de su éxito, sea un instrumento pertinente en el campo que nos ocupa.

Pero muchos son los que se preguntan si éste responde bien, cuando se trata específicamente del software, a la función de motivación que se espera del mismo³⁷. Es preciso apreciar que, en el sector del software, los autores en general no están supeditados por motivaciones monetarias³⁸.

De manera más profunda hay que observar que, si la patente responde bien a situaciones en las cuales los costes de Investigación y Desarrollo son elevados, no es muy probable que sea así cuando la adquisición de los conocimientos es esencialmente

³⁴ 613 F.2d 809 (C.C.P.A. 1980), cert. Denied, 450 US 994 (1981) ; a la vista, es cierto, de la exigencia de revelación del mejor modo (« *best mode* ») de realización de la invención, pero no parece que, en principio, esto pueda cambiar mucho.

³⁵ Y, para mi, hay que repetirlo : una patente sobre el « proceso-programa », y nada más.

³⁶ Cf. J.-L. Beffa, en *Regards sur l'économie contemporaine à travers le prisme de la propriété industrielle*, Encuentro-Debate INPI, 4 de dic. 2001, Doc. INPI, Servicio de Comunicación, p. 2, que observa que « el lugar esencial y la inmensa mayor parte de las patentes utilizadas por las tecnologías de la información y la comunicación, nos muestran a las claras que estamos en un mundo que sitúa la patente en el centro de una economía del conocimiento ».

³⁷ Observación minimalista ya : no se discute mucho el que las cualidades de la patente difieran fuertemente de un sector a otro : grande, por ejemplo, en materia farmacéutica, débil en materia de programas de ordenador (cf. J. Nieuwenhuis, Ministerio de Asuntos Económicos en los Países Bajos, « *Intellectual Property and Innovation Policy* », *Conférence sur le système international des brevets*, Ginebra, OMPI, 25-27 de marzo de 2002.

Para ir más lejos, entre abundante literatura, nos podremos referir a R. Hart, P. Holmes y J. Reid, « *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs* », *Report to the european Commission, Study Contract ETD/99/B5-3000 :E/106*, 2000. Adde los trabajos del Congreso organizado en París en junio de 2002 por el *Institut Français des Relations Internationales (IFRI)* y el *Center for Information Policy* de la Universidad del Maryland : *Frontiers of Ownership in the Digital Economy*.

³⁸ Así D. Foray, « *The new economy, A challenge for IPR* », Comunicación a la Conferencia Patinova, Comisión europea y OEB, Cardiff, 16 de oct. de 2001, Actas pendientes de publicar. Pero el argumento puede ser adelantado.

acumulativa y que la innovación se apoye sobre fuertes “inputs”, a través de la movilización de importantes externalidades³⁹.

Ciertamente, si uno quiere ver en el programa, en relación con las categorías de la patente, un proceso⁴⁰, habría que diferenciar según dicho proceso no se distinga de los demás por su “vector” informático (cuando el programa tiene un efecto operacional externo) y según se limite a un puro tratamiento de información⁴¹. La innovación no es entonces de la misma naturaleza y tampoco lo es el proceso innovador.

Hay que añadir que, a pesar de lo que dicen los defensores puros y duros de la patente, la patente es cara y, cuando los defensores del “software libre” hacen valer que por esta razón sería inaccesible a los autores independientes como, en lo esencial, para las pequeñas empresas que son en esta materia actores especialmente activos⁴², estamos forzados a preguntarnos si la patente no puede crear distorsiones artificiales y mal avenidas en el mercado de la innovación.

Es evidente que el jurista no tiene armas para responder. Pero sería bueno que no hiciera oídos sordos a estos interrogantes, al igual que sería deseable que los economistas se pronunciaran sobre el tema más de que lo hacen ahora.

En conclusión

12.- De esta manera quizás evitaremos contestar a esta cuestión antes de que sea (adecuadamente) planteada...⁴³

Si para algunos *lobbyistas* a menudo eficaces, lo importante es adquirir una fuerte cartera de patentes, evitando cuidadosamente toda pregunta molesta, para otros, críticos virulentos, conviene por principio demonizar las patentes del software. Personalmente opino que es mejor plantear claramente los términos del debate –en el cual he centrado mi esfuerzo- evitando cualquier proceso “teológico” sobre “el sexo de las aplicaciones” y que se podría resumir de la manera siguiente:

³⁹ Cf. otra vez la comunicación de D. Foray para quien la patente no debería, al final, impedir tales movilizaciones (con la consecuencia de que se llegue a: « Cariño, ¡He encogido mi base de conocimientos ! »)

Relacionar con lo que dice Th. Laronde, «Propriété intellectuelle y patentes logiciales », *Multitudes*, mayo 2001, p. 66, especialmente p.70 : « Un logiciel particulier se construit autour de règles communes

⁴⁰ *Supra* nº 7 y ss.

⁴¹ *Cf. supra* nº7.

⁴² El argumento es avanzado con constancia por personas como Bernard Lang, investigador al INRIA, para quien « la patente puede matar el logicial » y que estima que los débiles medios de los pequeños creadores no les permite « ni responder a ataques en falsificación, ni constituirse carteras de patentes para defenderse, ni para pagar royalties sobre patentes existentes » (Correo electrónico dirigido a M. Vivant).

Menos comprometido, D^a Rojinsky no duda, sin embargo, en afirmar que « une protection large par le brevet du logiciel « en tant que tel » aurait un impact négatif sur la concurrence, en réservant à quelques *big players* la maîtrise de la nouveauté et de la prospective en matière de technologie » (C. Rojinsky, « Logiciel : « copyleft » et brevetabilité », *Légicom* 2001/2, p.105, especialmente p.110) y, si un medio de escapar a un efecto de dominación excesivo puede consistir en un juego de licencias cruzadas, precisamente el hecho de que los actores de menor importancia no deberían tener las patentes requeridas para permitir este juego. (S. Wilkinson, « *The evolving relationship between patents and standars : diamonds are safe* », *Rev. canadienne de propriété intellectuelle*, mars 1999, vol. 15, nº 2, p. 273).

⁴³ Homenaje a Woody Allen : « La contestación es sí. Por favor repita la cuestión ».

- la patente del siglo XXI debe escapar de las innovaciones de la “nueva economía”, centrada hoy día en el poder de la información -lo que se puede hacer sin esfuerzo-;
- tratándose de programa de ordenador, dicha patente no puede ser -con razón- otra cosa que una patente de proceso, lo que remite a categorías conocidas pero también le asigna un sitio bien definido;
- las verdaderas cuestiones no son jurídicas, son económicas y de oportunidad.

Problema más social entonces, “societario”, que jurídico...

Pero jurídico también, bien considerado, ya que el jurista está (afortunadamente) en la Ciudad.

Evadirse de este problema, en cualquier caso, sería desafortunado.