

Novática, revista fundada en 1975 y decana de la prensa informática española, es el órgano oficial de expresión y formación continua de ATI (Asociación de Técnicos de Informática). **Novática** edita también **Upgrade**, revista digital de CEPIS (Council of European Professional Informatics Societies), en lengua inglesa.

<<http://www.ati.es/novatica/>>
<<http://www.upgrade-cepis.org/>>

ATI es miembro de CEPIS (Council of European Professional Informatics Societies) y tiene un acuerdo de colaboración con ACM (Association for Computing Machinery). Tiene asimismo acuerdos de vinculación o colaboración con AdaSpain, AI2 y ASTIC

CONSEJO EDITORIAL

Antoni Carbonell Nogueras, Francisco López Crespo, Julián Marcelo Cocho, Celestino Martín Alonso, Josep Molins i Bertrán, Roberto Moya Quiles, César Pérez Chirinos, Mario Piattini Velthuis, Fernando Píera Gómez (Presidente del Consejo), Miquel Sarries Griño, Carmen Ugarte García, Asunción Yturbe Herranz

Coordinación Editorial
Rafael Fernández Calvo <rfoalvo@ati.es>

Composición y autoedición
Jorge Llácer

Traducciones
Grupo de Lengua e Informática de ATI
Coordinadas por José A. Accino (Univ. de Málaga) <jalfonso@ieev.uma.es>

Administración
Tomás Brunete, María José Fernández, Enric Camarero, Felicidad López

SECCIONES TÉCNICAS: COORDINADORES

Administración Pública Electrónica
Gumersindo García Arribas, Francisco López Crespo (MAP)
<gumersindo.garcia@map.es>, <flc@ati.es>

Arquitecturas
Jordi Tubella (DAC-UPC) <jordit@ac.upc.es>
Victor Viñals Yuferra (Univ. de Zaragoza) <viñals@unizar.es>

Auditoría SITIC
Marina Touriño, Manuel Palao (ASIA)
<marinatourino@marinatourino.com>, <manuel@palao.com>

Bases de Datos
Coral Calero Muñoz, Mario G. Piattini Velthuis
(Escuela Superior de Informática, UCLM)
<Coral.Calero@uclm.es>, <mpiattin@inf-cr.uclm.es>

Derecho y Tecnologías
Isabel Hernando Collazos (Fac. Derecho de Donostia, UPV)
<ihernando@legalek.net>
Isabel Davara Fernández de Marcos (Davara & Davara)
<idadavara@davara.com>

Enseñanza Universitaria de la Informática
Joaquín Ezpeleta Mateo (CPS-UIZAR) <ezpeleta@posta.unizar.es>
Cristóbal Pareja Flores (DSIP-UCM) <cpajef@sisip.ucm.es>

Informática y Filosofía
Josep Corco (UIC) <jcorco@unica.edu>
Esperanza Marcos (ESSET-URJC) <euca@esset.urjc.es>

Informática Gráfica
Roberto Vivo (Eurographics, sección española) <rvivo@dsic.upv.es>

Ingeniería del Software
Javier Dolado Cosin (DLSI-UPV) <dolado@si.ehu.es>
Luis Fernández (PRIS-EL-UEM) <lufern@pris.esi.uem.es>

Inteligencia Artificial
Federico Barber, Vicente Botti (DSIC-UPV)
<fvbotti@barber@dsic.upv.es>

Interacción Persona-Computador
Julio Abascal González (PI-UPV) <julio@si.ehu.es>
Jesús Lorés Vidal (Univ. de Lleida) <jesus@eup.udl.es>

Internet
Alonso Álvarez García (TID) <alonso@ati.es>
Llorenç Pagès Casas (Indra) <pagesc@ati.es>

Lengua e Informática
M. del Carmen Ugarte (IBM) <cugarte@ati.es>

Lenguajes Informáticos
Andrés Marín López (Univ. Carlos III) <amarin@it.uc3m.es>
J. Angel Velázquez (ESSET-URJC) <a.velazquez@esset.urjc.es>

Libertades e Informática
Alfonso Escolano (FIR-Univ. de La Laguna) <aescolan@ull.es>

Lingüística computacional
Xavier Gómez Guinovart (Univ. de Vigo) <xgg@uvigo.es>
Manuel Palomar (Univ. de Alicante) <mpalomar@dlsi.ua.es>

Mundo estudiantil
Adolfo Vázquez Rodríguez
(Rama de Estudios del IEEE-UCM) <a.vazquez@iee.org>

Profesión informática
Rafael Fernández Calvo (ATI) <rfoalvo@ati.es>
Miquel Sarries Griño (Ayto. de Barcelona) <msarries@ati.es>

Redes y servicios telemáticos
Luis Guijarro Coloma (DCOM-UPV) <lguijar@dcom.upv.es>
Josep Solé Pareta (DAC-UPC) <pareta@ac.upc.es>

Seguridad
Javier Areitio (Redes y Sistemas, Bilbao) <jareitio@orion.deusto.es>
Composicion, Edición y Redacción ATI Valencia
Reino de Valencia 23, 46005 Valencia
Tlf./fax 963330392 <secreval@ati.es>

Software Libre
Jesús M. González Barahona, Pedro de las Heras Quirós
(GSYC-URJC) <jgb.pheras@gsyc.esset.urjc.es>

Tecnología de Objetos
Jesus Garcia Molina (DIS-UM) <jmolina@correo.um.es>
Gustavo Rossi
(LIFIA-UNLP, Argentina) <gustavo@sol.info.unlp.edu.ar>

Tecnologías para la Educación
Josep Sales Ruffi (ESPIRAL) <jsales@pie.xtec.es>

Tecnologías y Empresa
Pablo Hernández Medrano (Bluemat) <pablohm@bluemat.biz>

TIC y Turismo
Andrés Aguayo Maldonado, Antonio Guevara Plaza (Univ. de Málaga)
<aguayo.guevara@lcc.uma.es>

TIC para la Sanidad
Valentín Masero Vargas (DI-UNEX) <vmasero@unex.es>

Las opiniones expresadas por los autores son responsabilidad exclusiva de los mismos. **Novática** permite la reproducción de todos los artículos, salvo los marcados con © o *copyright*, debiéndose en todo caso citar su procedencia y enviar a **Novática** un ejemplar de la publicación.

Coordinación Editorial y Redacción Central (ATI Madrid)
Padilla 66, 3º, dcha., 28006 Madrid
Tlf./fax 914029391; fax.913093685 <novatica@ati.es>

Composicion, Edición y Redacción ATI Valencia
Reino de Valencia 23, 46005 Valencia
Tlf./fax 963330392 <secreval@ati.es>

Administración y Redacción ATI Cataluña
Via Laietana 41, 1º, 08003 Barcelona
Tlf./fax 934125235; fax.934127713 <secregen@ati.es>

Redacción ATI Andalucía
Isaac Newton, s/n, Ed. Sadiel, Isla Cartuja 41092 Sevilla
Tlf./fax 954460779 <secreand@ati.es>

Redacción ATI Aragón
Lagasca 9, 3-B, 50006 Zaragoza
Tlf./fax 976235181 <secreara@ati.es>

Redacción ATI Asturias-Cantabria <gp-astucant@ati.es>
Redacción ATI Castilla-La Mancha <gp-clmancha@ati.es>

Redacción ATI Galicia
Recinto Ferial s/n, 36540 Silleda (Pontevedra)
Tlf.986581413; fax.986580162 <secregal@ati.es>

Suscripción y Ventas: <<http://www.ati.es/novatica/interes.html>>, o en ATI Cataluña y ATI Madrid
Publicidad: Padilla 66, 3º, dcha., 28006 Madrid
Tlf.914029391; fax.913093685 <novatica.publicidad@ati.es>

Imprenta: 9-Impressió S.A., Juan de Austria 66, 08005 Barcelona.
Depósito Legal: B 15.154-1975
ISSN: 0211-2124; CODEN NOVAEC

Portada: Antonio Crespo Foix / © ATI 2003

SUMARIO

En resumen: El procomún del conocimiento **2**
Rafael Fernández Calvo

Monografía: Conocimiento abierto / Open Knowledge
(En colaboración con **Upgrade**)

Editores invitados: *Philippe Aigrain* y *Jesús M. González Barahona*

Presentación. Propiedad y uso de la información y del conocimiento: ¿privatización o procomún? **3**

Philippe Aigrain, Jesús M. González-Barahona

La Economía Política del procomún **6**

Yochai Benkler

El redescubrimiento del procomún **10**

David Bollier

La lengua en el medio digital: un reto político **13**

José Antonio Millán

Nota sobre las patentes de software **16**

Pierre Haren

Sobre la patentabilidad de las invenciones referentes a programas de ordenador **17**

Alberto Bercovitz Rodríguez Cano

Eligiendo la herramienta legal correcta para proteger el software **21**

Roberto Di Cosmo

Por favor, ¡pírateen mis canciones! **24**

Ignacio Escobar

La normativa europea y norteamericana sobre propiedad intelectual en el 2003: protección legal antipiratero y derechos digitales **26**

Gwen Hinz

'Informática de confianza' y política sobre competencia: temas a debate para profesionales informáticos **30**

Ross Anderson

Secciones Técnicas

Lengua e Informática

El software libre y las lenguas minoritarias: una oportunidad impagable **36**

Jordi Mas i Hernández

Lenguajes informáticos

Evaluación parcial de programas y sus aplicaciones **40**

Pascual Julián Irazo

COMPAS: un compilador para un lenguaje imperativo con aserciones embebidas **47**

Joaquín Ezpeleta Mateo, Pedro Gascón Campos, Natividad Porta Royo

Seguridad

Ocultación de imágenes mediante Esteganografía **52**

David Atauri Mezquida, Luis Fernández Sanz,

Matías Alcojor, Ignacio Acero

La confianza y la seguridad aspectos vitales para los servicios electrónicos **58**

José A. Mañas Argemí

Sistemas de Tiempo Real

Sistemas Linux de tiempo real **63**

Javier Miqueliez Álamos

Referencias autorizadas

Sociedad de la Información **69**

Personal y transferible

Locos por los ordenadores (II): Ada Byron y Charles Babbage, o la bella y la bestia **75**

Rafael Fernández Calvo

Asuntos Interiores

Coordinación editorial / Programación de Novática **76**

Normas de publicación para autores / Socios Institucionales **79**

Monografía del próximo número:

«Ingeniería del Software: estado de un arte»

Conocimiento abierto / *Open Knowledge*

Alberto Bercovitz Rodríguez Cano
Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado

<albercovitz@wanadoo.es>

1. La propuesta de Directiva Europea sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador

Existe en estos momentos un importante debate en el ámbito de la Unión Europea para decidir si, además de la protección de los programas de ordenador por medio del derecho de autor que ya estableció la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991¹, debe permitirse el otorgamiento de patentes para invenciones en las que estén implicados programas de ordenador. Se discute especialmente la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo «sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador» (Bruselas 20.02.2002, COM(2002)92 final)².

La propuesta de Directiva sobre patentabilidad es bastante breve, puesto que incluye once artículos, de los cuales solamente los seis primeros establecen normas de regulación sustantiva. De esas normas cabe destacar lo siguiente:

1. Los Estados miembro han de garantizar «que las invenciones implementadas en ordenador sean patentables a condición de que sean nuevas, supongan una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial» (art. 4.1), y para juzgar si esas invenciones implican una actividad inventiva, las invenciones implementadas en ordenador deben aportar una contribución técnica (art. 4.2).

2. A estos efectos se entiende por «invenciones implementada en ordenador, toda invención para cuya ejecución se requiera la utilización de un ordenador, una red informática u otro aparato programable y que tenga una o más características nuevas prima facie que se realicen total o parcialmente mediante un programa o programas de ordenador». Y como contribución técnica se considera «una contribución al estado de la técnica en un campo tecnológico que no sea evidente para un experto en la materia» (art. 2).

3. Se dispone que «la contribución técnica deberá evaluarse considerando la diferencia entre el estado de la técnica y el ámbito de la reivindicación de la patente considerada en su conjunto, que puede incluir tanto características técnicas como no técnicas» (art. 4.3).

4. Por lo que se refiere a las reivindicaciones de las invenciones implementadas en ordenador, éstas pueden reivindicarse «como producto, es decir, como ordenador programado, red informática programada u otro aparato programado, o como procedimiento realizado por un ordenador, red informática o aparato mediante la ejecución de un programa» (art. 5).

Sobre la patentabilidad de las invenciones referentes a programas de ordenador

Este artículo reproduce sustancialmente la intervención del autor en la audiencia ante el Parlamento Europeo celebrada el 7 de noviembre de 2002 sobre la patentabilidad de las invenciones ejecutadas por medio de ordenador.

5. Y en cuanto a la relación con la Directiva 91/250/CEE, el artículo 6 dispone que «los actos permitidos en el marco de la Directiva 91/250/CEE sobre la protección jurídica de programas de ordenador mediante derechos de autor, y en particular sus preceptos relativos a la descompilación y la interoperabilidad o las disposiciones relativas a la topografía de los productos semiconductores o las marcas comerciales, no se verán afectados por la protección que las patentes otorgan a las invenciones pertenecientes al ámbito de aplicación de la presente Directiva».

2. Cuestiones a tratar

A la vista de la problemática planteada por la propuesta de directiva a que acaba de hacerse referencia, esta breve exposición se va a centrar en torno a tres cuestiones fundamentales: primera, el carácter industrial de las invenciones patentables; segunda, las patentes y el derecho de autor como medios para la protección de los programas de ordenador, y, tercera, el previsible impacto que tendría la nueva directiva que se propone.

3. El carácter industrial de las invenciones patentables

El problema básico que plantea la protección por medio de patentes de las invenciones implementadas por ordenador no es un nuevo sino que ha sido una de las cuestiones fundamentales desde siempre para la aplicación del derecho de patentes; consiste en que las patentes solamente pueden concederse para invenciones industriales.

Ya en mi tesis doctoral sobre «Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho alemán», publicada en el año 1969, me ocupaba de exponer las conclusiones de la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre esta materia.

Autor

Alberto Bercovitz Rodríguez Cano pertenece al despacho de abogados Estudio Jurídico y es Catedrático de Derecho Mercantil (especializado en temas de derechos de autor, marcas y patentes), campo en el que lleva ejerciendo como letrado desde hace 25 años. Se le conoce especialmente por sus intervenciones en litigios sobre patentes y su labor es altamente considerada por sus colegas.

Según esa doctrina estaba claro que no eran patentables todas las invenciones, sino solamente las invenciones industriales, «*las que permiten una utilización industrial*» (*die eine gewerbliche Verwertung gestatten* en el texto de la Ley alemana de 2 de enero de 1968). En la sentencia del Reichsgericht de 21 de enero de 1933 se declaraba ya que «*la invención debe ser industrial según su naturaleza, esto es, que ha de trabajar con los medios de las fuerzas naturales para conseguir un resultado que pertenezca al campo del actuar humano delimitado de esa misma manera*». Por eso se declaraba que no era patentable, por carecer de carácter industrial, todo aquello que se puede considerar como «*pura indicación al espíritu humano*», que no deba traducirse en una actuación sobre las fuerzas de la naturaleza.

El carácter industrial de la invención exigía, por tanto, no sólo que los medios utilizados en su ejecución fueran predominantemente industriales, sino también que el resultado tuviera carácter industrial, es decir que no contuviera una indicación a la actividad intelectual humana. Así se declaraba que no producían resultado industrial y no eran por tanto patentables los planos de situación y las guías, los planos de construcción, las tablas de calcular, las tablas de logaritmos o la sustitución por nuevos símbolos de ciertas indicaciones puestas en un aparato.

Esta exigencia de que la invención patentable tenga carácter industrial se expresaba habitualmente estableciendo que sólo las invenciones técnicas (*Technische Erfindungen*) son patentables, entendiéndose en este contexto el término ‘técnica’ como equivalente a ‘técnica industrial’; puesto que no cabe ignorar que existen otras técnicas distintas aplicables a otros ámbitos de actuación del ser humano, tales como las técnicas de enseñanza, las técnicas de organización o las técnicas comerciales.

En el Convenio Europeo de Patentes de 1973³ se mantiene esta exigencia, al exigir que las invenciones patentables «*sean susceptibles de aplicación industrial*», lo cual equivale en la doctrina tradicional a exigir que las invenciones patentables sean invenciones técnicas, entendida la técnica como técnica industrial. No es correcta la equiparación que hace el artículo 27 del convenio ADPIC⁴, en su nota explicativa, donde se establece que «*susceptibles de aplicación industrial*» es sinónimo de ‘útiles’. Útiles, en el sentido de que satisfacen necesidades humanas, son todas las invenciones, sean o no sean industriales. Y esta distinción entre utilidad y susceptibilidad de aplicación industrial tiene importancia porque en la legislación norteamericana no se contiene expresamente la exigencia de que las invenciones patentables sean industriales, aunque sí se exige que sean útiles. Por ello los planteamientos sobre la patentabilidad aplicados en los Estados Unidos no pueden ser trasladados pura y simplemente al Derecho europeo.

Hay que destacar que la exigencia de que las invenciones patentables sean industriales tiene consecuencias fundamentales en el derecho de patentes. Esa exigencia significa que solamente pueden ser patentables invenciones que se apliquen para la producción de bienes o servicios que inciden sobre objetos materiales destinados al mercado. Ese dato de

que el resultado de la invención pueda ser comercializado con autonomía frente a la empresa que lo produce es fundamental, porque significa que, aunque el titular de la patente tiene un derecho de exclusividad para la explotación de esa patente, tiene que producir los resultados de la misma para comercializarlos y de esa manera el derecho de exclusividad beneficia al titular, pero beneficia también al conjunto de la sociedad, puesto que el titular tiene que tener suficientemente abastecido al mercado. No se olvide que el propio Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad intelectual (1973)⁵ permite el otorgamiento de licencias obligatorias cuando el titular de la patente no suministra adecuadamente al mercado. Y, además, el titular sólo podrá beneficiarse económicamente de la invención si comercializa los productos obtenidos con ella. Por ello el derecho de patentes es inadecuado para proteger, por ejemplo, los métodos de organización o los métodos comerciales, porque éstos pueden explotarse sin necesidad de comercializar ningún producto o servicio concreto obtenido directamente por la invención, de manera que la sociedad en su conjunto no puede beneficiarse de la explotación de la invención. Y por lo demás, basta pensar en la rémora que significaría para el progreso el hecho de que una empresa que inventara un método de comercialización verdaderamente novedoso, como puede ser en estos momentos un sistema informático para confirmar los pedidos de los clientes o para facilitar esos pedidos, o como por ejemplo pudo ser en su momento el de las ventas a plazos o el *leasing*, pudiera impedir nada menos que durante veinte años que otras empresas hicieran lo mismo. Puede ser significativo que ya en el Estatuto sobre Propiedad Industrial español de 1929 se permitiera patentar los procedimientos económico-comerciales, sin que llegara a otorgarse ninguna patente de ese tipo.

Si aplicamos las consideraciones precedentes a la posible patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador se llega claramente a la conclusión de que son patentables las invenciones que incorporen programas de ordenador a máquinas o aparatos que producen resultados industriales, esto es, resultados que tengan una manifestación física susceptible de ser comercializada autónomamente, o que produzcan efectos técnicos en el funcionamiento del ordenador.

Pero lo que hay que destacar es que la exigencia que ya establece el convenio europeo de patentes de que las invenciones sean susceptibles de aplicación industrial es lo mismo que exigir que la invención aporte una contribución técnica. Es necesario establecer esa exigencia adicional de la aportación técnica en el derecho norteamericano, porque no la establece la ley; pero en el convenio europeo de patentes no tiene sentido exigir por un lado la susceptibilidad de aplicación industrial y por otro lado la aportación de una contribución técnica. Es duplicar el mismo requisito. Y por ello si esa exigencia suplementaria se implanta en la futura directiva, creará una distorsión innecesaria en el derecho de patentes europeo en general, pues permitirá interpretar que la aportación de una contribución técnica es sólo una exigencia para las invenciones implementadas en ordenador, pero no para todas las invenciones industriales.

Por otra parte, de la doctrina tradicional antes expuesta resulta también con carácter evidente que no deben poder patentarse

las invenciones puramente comerciales o de organización, aunque utilicen un ordenador.

Cabría decir, en síntesis, que el hecho de que una invención incluya un programa de ordenador, ni hace por sí solo que la invención sea patentable, ni la hace que no sea patentable.

4. Las patentes y el derecho de autor como medios para proteger los programas de ordenador

Como es bien sabido, la protección jurídica de los programas de ordenador, establecida en la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991 fue impulsada por quienes pretendían la protección de esos programas, por considerar que ofrecía ventajas importantes frente a la protección por medio de patentes.

Como tales ventajas hay que considerar el hecho de que la protección se obtiene de manera automática a nivel prácticamente universal por el simple hecho de la creación, sin necesidad de registros ni de pago de tasas; la no exigencia de actividad inventiva, la no exigencia de una descripción que deba hacerse pública, y la no obligación de tener abastecido el mercado, aparte de un plazo de protección mucho más largo que el de las patentes.

Pero hay que recordar como aquella directiva hubo de adaptar el derecho de autor, modificando algunas de sus premisas fundamentales, tal como una definición específica de la exigencia de originalidad, la atribución de la titularidad según reglas distintas a las del derecho de autor, y especialmente una prohibición, totalmente ajena al derecho de autor, como son las restricciones a la descompilación.

Obsérvese pues que se aplica un régimen jurídico, el de derecho de autor, porque se considera el más favorable, pero modificándolo expresamente para evitar consecuencias inherentes con carácter general a ese régimen jurídico. Ahora se pretende dar un paso más, se pretende llegar a poder proteger los programas de ordenador por medio de patentes, pero una vez más se trata de conseguir una protección 'a la carta', que altera sustancialmente los principios básicos de esa rama del derecho.

Si se pretende proteger por medio de patentes las invenciones implementadas en ordenador habrá que exigir rigurosamente que tanto los medios como el resultado sean industriales; habrá que exigir que la novedad y la actividad inventiva necesarias impidan que el simple hecho de aplicar un programa de ordenador al alcance de cualquier técnico en la materia permita apropiarse de creaciones que ya están en el dominio público; habrá que exigir que la descripción que debe hacerse pública incluya el código fuente y, por supuesto, deberá permitirse plenamente la investigación sobre el objeto de la patente, y por tanto su descompilación, según se establece con carácter general para las invenciones patentables.

No tiene sentido mantener para las patentes la limitación a la descompilación establecida en la directiva sobre protección jurídica de programas de ordenador; pero si que habrá que permitir el uso de las interfaces.

Y, por supuesto de acuerdo con lo establecido anteriormente,

debe mantenerse la exigencia de que el titular de la patente tenga adecuadamente abastecido al mercado con el resultado de la invención patentada.

Lo que no parece admisible en ningún caso es establecer un régimen jurídico en el que se toman del derecho de autor y del derecho de patentes las partes que se consideran beneficiosas para los titulares de derechos y se excluyen aquellas otras normas que se consideran perjudiciales, pero que son las que garantizan el equilibrio entre el interés de los titulares y el interés de la sociedad.

Por otra parte, la acumulación que puede darse entre la protección por patente y la protección por el derecho de autor debería regularse cuidadosamente.

La patente protegerá no sólo la forma de expresión del programa, a diferencia del derecho de autor, sino las ideas caracterizadoras del mismo y sus equivalentes. Ello significa que cuando se extinga la patente cualquier tercero podrá explotar un programa basado en esas ideas y que se exprese de manera diversa a la del programa del titular de derecho de autor que continua vigente.

Pero la existencia del doble régimen jurídico tiene otra implicación fundamental y es que si una invención patentable no es patentada, no existe ningún derecho de exclusividad sobre las ideas caracterizadoras de la invención. Por tanto, si una invención ejecutada por ordenador no se patenta, siendo patentable, sus ideas caracterizadoras podrán ser investigadas y utilizadas por cualquiera, de manera que el titular del programa de ordenador sólo podría impedir, en base al derecho de autor, que se copie la forma de expresión del programa. Por ello, si prospera la idea que incorpora la propuesta de directiva, debería plantearse la conveniencia de integrar en una única directiva la ya existente sobre protección por derecho de autor y la protección por patente.

5. El previsible impacto que tendría la nueva Directiva que se propone

No cabe duda de que en la situación actual existe el riesgo de que los derechos nacionales, especialmente en su aplicación jurisprudencial, evolucionen de manera divergente en relación con la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador; igual que existe el riesgo cierto de que la Oficina Europea de Patentes, <<http://www.european-patent-office.org/>>, de manera autónoma y sin control ninguno, extienda la patentabilidad de esas invenciones.

Desde ese punto de vista puede tener sentido llegar a dictar una directiva sobre esa materia, siempre que se complemente adecuadamente de manera que se armonicen también las reglas que ha de aplicar la Oficina Europea de Patentes.

Pero esa directiva debe ser realmente clarificadora lo cual exige:

- a) que la protección por patente respete los principios fundamentales del derecho de patentes;
- b) que se clarifique de manera pormenorizada como se produce la acumulación, en su caso de la protección por patente y por derecho de autor;

c) que se evite de manera clara la tendencia a ampliar la materia patentable a invenciones no industriales por el simple hecho de incorporar un programa informático.

Pero no cabe ignorar que la extensión de la patentabilidad a invenciones implementadas en ordenador suscita en la actualidad otra clase de riesgos.

En efecto, se considera que tanto la Oficina Europea de Patentes (OEP) como la Oficina Europea de Marcas, Dibujos y Modelos (OAMI, <<http://oami.eu.int/>>) deben autofinanciarse, lo cual significa que deben conseguir el mayor número de solicitudes de protección posibles, para lo cual tratan de atender a las pretensiones de lo que denominan su 'clientela', que son en definitiva y fundamentalmente las empresas más importantes. Pero esto tiene consecuencias gravísimas que pueden apreciarse ya perfectamente en la práctica y es que para conseguir esa autofinanciación y satisfacer los requerimientos de su 'clientela' se tiende a extender cada vez más el ámbito de lo patentable y se reduce extraordinariamente la exigencia de nivel inventivo.

Así ocurre que proliferan miles de patentes con un ínfimo nivel inventivo, si es que lo tienen, y ello produce efectos devastadores en el sistema de patentes. En primer término se producen retrasos intolerables de muchos años en la concesión de las patentes y además se cambia sustancialmente la funcionalidad del sistema de patentes, porque se pasa a beneficiar a aquellas empresas con mayor poder económico que por su capacidad financiera pueden solicitar mayor número de patentes, aunque apenas tengan nivel inventivo, y tienen capacidad económica para pleitear prácticamente sin limitaciones.

Es obvio que esta situación, que ya existe, perjudica especial para solicitar cientos de patentes y defenderlas o defenderse en un número grande de procedimientos judiciales. Pero sobre todo se perjudica al propio sistema de patentes que está pensado para promocionar las auténticas invenciones, esto es, las que tienen un nivel inventivo indudable, y no está pensado para beneficiar a aquéllos que tienen mayor potencia económica.

Pues bien, si se amplía lo patentable en el ámbito de las invenciones implementadas en ordenador, las consecuencias previsibles son evidentes a la vista de la situación actual que acaba de describirse: al aumentar el número de solicitudes de patentes aumentarían los retrasos en la concesión de las mismas y, dado el mínimo nivel inventivo que hoy día se está exigiendo, proliferarían las patentes y las PYMES no podrían enfrentarse a la actuación de empresas muy potentes económicamente, que podrían solicitar cientos o miles de patentes e iniciar pleitos indiscriminadamente, muchas veces con efectos puramente intimidatorios. Por tanto, la primera prioridad que debería establecerse en estos momentos sería la de volver a dar al sistema de patentes en su conjunto su verdadera función exigiendo un nivel inventivo alto y limitando claramente la protección a las invenciones industriales.

No se olvide que la concesión de patentes debería hacerse en todo caso con criterio restrictivo, puesto que es evidente que uno de los principios fundamentales en que reposa la Unión Europea es el principio de libertad de empresa.

Notas

- ¹ Disponible en <<http://www.davara.com/documentos/relacionados/propiedad/Dir91250.pdf>>, en español.
- ² Disponible en <http://www.belt.es/legislacion/reciente/pdf/propuesta_direc_patentab_25_jun_02.PDF>, en español.
- ³ Disponible en <http://www.oepm.es/internet/legisla/dcho_eur/22cpe.htm>, en español.
- ⁴ Disponible en <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm>, en español.
- ⁵ Disponible en <http://www.oepm.es/internet/legisla/dcho_int/11conpar.htm>, en español.