

318509

22
25



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

Escuela de Derecho
Con Estudios Incorporados a la

Universidad Nacional Autónoma de México
1987 - 1992

"ESTUDIO SOBRE LA PROTECCION JURIDICA
DE BIENES INFORMATICOS "

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

SANDRA EUGENIA NUÑEZ DIAZ

Asesor de Tesis: Lic. Mauricio Jalife Daher

México, D. F.

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E.

INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I GENERALIDADES DEL DERECHO DE COMPUTO.	
Terminología en materia de Cómputo.....	16
Fragilidad de los Programas. Dilapidación.....	20
Piratería y Espionaje Industrial.....	21
Una Protección por las Vías Comunes sobre Eficacia Real.....	21
La Criptografía.....	22
Borrado Interno.....	22
Insuficiencia de la Protección del Derecho Clásico.....	24
Protección por Contrato.....	24
Métodos de Protección derivados del Derecho Común.....	26
La Protección de los Programas por el Derecho Penal.....	26
La Protección por la Vía Civil.....	27
La Respuesta: Reserva Privativa.....	27
La Propiedad Industrial.....	29
La Protección de los programas por el Derecho de Marcas.....	30
Las Marcas.....	30
Las Patentes.....	31
El Derecho de Patentes.....	32
La Protección de programas por medio de Patentes.....	32
Fórmula Derivada del Derecho de Patentes.....	34
La Propiedad Literaria y Artística.....	35
Programa y Destino.....	36
Un Derecho Sui-Generis.....	36
Fórmula Híbrida.....	36
CAPITULO II DERECHOS DE AUTOR.	
Derechos de Autor.....	37
La Duración.....	37
Programa y Originalidad.....	39
Fórmula derivada del Derecho de Autor.....	41
Lo que no es extraño al Derecho de Autor.....	42
Conferencia de G. Cabanellas.....	46

C A P I T U L O III

LEGISLACION GENERADA A NIVEL DE PROTECCION DEL SOFTWARE.

Convenio de París.....	56
Convenio de Munich.....	57
Convenio de Berna.....	58
Convenio de Ginebra.....	58
Los Estados Unidos de América.....	58
Canada.....	62
Europa.....	63
Finlandia.....	63
Dinamarca.....	63
Noruega.....	63
Suecia.....	64
Gran Bretaña.....	64
Suiza.....	66
Austria.....	66
Holanda.....	67
Bélgica.....	68
Francia.....	68
Italia.....	71
España.....	71
Portugal.....	72
Asia.....	72
Japón.....	72
Corea del Sur.....	73
Israel.....	73
Países de Economía Socialista.....	74
Bulgaria.....	74
Polonia.....	76
República Democrática Alemana.....	76
República Popular de China.....	77
Países en Vías de Desarrollo.....	77
Panorama Jurídico.....	77
Filipinas.....	78
India.....	79
Taiwan.....	79
Malasia.....	79
Singapur.....	79
Indonesia.....	79
América.....	80
Brasil.....	80
Argentina.....	81
Colombia.....	81
Chile.....	82

C A P I T U L O VI SITUACION EN MEXICO.

Aspectos Técnicos y Económicos.....	83
Características Básicas Actuales de la Industria de Programación Nacional.....	84

Política Informática Nacional en Materia de Programación.....	85
Legislación sobre la Propiedad Industrial.....	88
Legislación sobre la Propiedad Literaria y Artística.....	100
La Piratería de los Programas de Cómputo.....	106
El Daño de la Piratería.....	109
El Delito de la Piratería sobre Programas de Cómputo.....	111
Los Delitos de la Piratería en la Ley Federal de Derechos de Autor.....	111

C O N C L U S I O N E S.....	119
------------------------------	-----

B I B L I O G R A F I A.....	124
------------------------------	-----

INTRODUCCIÓN.

Es difícil que se ponga en duda el desarrollo que ha adquirido en los últimos 30 años los ahora llamados "Paquetes de Computación" o Software; los cuales pueden crear una revolución en las actividades humanas más variadas.

Por lo que no parece aventurado pensar que sobre la base de la experiencia que ya nos muestra la actividad cotidiana, que el futuro estará marcado por una presencia siempre creciente y cada vez más compleja de la Computación en todo el que hacer del hombre, desde esta perspectiva parece muy cierta la afirmación que alguien hizo en el sentido de que quienes no tengan conocimientos suficientes para servirse de este recurso técnico serán los analfabetas del siglo XXI.

Con el fin de facilitar las actividades diarias del ser humano, este ha creado diversos "paquetes" o software los cuales aparentemente están protegidos por medios técnicos y jurídicos.

Este trabajo pretende aclarar las lagunas existentes en la protección jurídica de los paquetes o software, pues existen lagunas en nuestras Leyes, que facilitan la Piratería de estos, perjudicando la economía de nuestro país, el avance tecnológico, etc.

México debe tener tecnología de punta, pero si ésta tecnología no es protegida, los países de primer mundo dejarán de exportar sus productos técnicos a nuestro país, y los incentivos para los inventores mexicanos serán menores.

Tenemos que ayudar a nuestra nación, para progresar, para crecer; por lo que el Derecho juega un papel muy importante en el problema de la protección del software.

Siendo así, en el presente trabajo se pretende plasmar algunos de los problemas que la falta de protección jurídica ocasiona.

Si bien digo "faltan" es porque aún existiendo Leyes estas no son suficientes para que este problema deje de existir.

Así partiré hablando de las definiciones del Derecho de Cómputo para adentrarnos más en el tema, planteando la necesidad de la protección jurídica de los bienes informáticos, hablaré también de las Marcas, las Patentes y algunas otras formas de protección como de la Ley de Derechos de Autor; también de las legislaciones que se han generado a nivel de otros países y del nuestro; y de los diversos tratados referentes al tema.

Encontré diversas dificultades para reunir la investigación pues en México poco o casi nada se ha tratado sobre el tema. Para poder armar ésta tesis utilicé bibliografía como revistas, conferencias, libros de texto, entre otros.

El fin último de este trabajo es tratar de evitar la Piratería, valiéndonos de los medios jurídicos para disolver las lesiones que a consecuencia del "Robo de Programas" afecta a nuestra sociedad.

C A P I T U L O I

GENERALIDADES DEL DERECHO DE COMPUTO

La aparición de un cuerpo de reglas en la informática jurídica a dado lugar a la emanación y reconocimiento del llamado "DERECHO DE INFORMÁTICA".

LOS PROGRAMAS SON: (Según la OMPI-Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

Conjunto de instrucciones expresadas en un lenguaje natural o formal, pudiendo una vez traducidas y transpuestas en un soporte decifráble por una máquina de tratamiento de datos, o por una parte de esta máquina, efectuar operaciones aritméticas y sobre todo lógicas, en vías de indicar o de obtener un resultado particular.

Por naturaleza los programas de cómputo son susceptibles de múltiples acciones ilícitas. Los deseos de apoderamiento de tales bienes se ven acentuados en las empresas particulares, a través de acciones directas como el robo, o indirectas como el espionaje.

Luis Vera Vallejo nos comenta en su conferencia y en forma muy general, que las computadoras son equipos electrónicos, que pueden almacenar y mantener en su memoria una gran cantidad de datos y volúmenes inmensos de estos e igualmente a velocidades vertiginosas, procesarlos, conforme a instrucciones destinadas a que la máquina produzca determinados trabajos o resultados, con o en relación a la información almacenada y todos estos trabajos, igualmente se realizan a velocidades increíbles.

En la actualidad, uno de los aspectos que más se necesita para impulsar el desarrollo de los programas de cómputo en México, es el de contar con una protección penal efectiva, que reprima los efectos nocivos de la piratería, que inhiben la creatividad y el desarrollo de la programación.

Dice que los programas de cómputo son:

- Concepciones y desarrollos del intelecto humano
- Diseñados en un entorno intangible
- Que quedan plasmados en forma perdurable en un medio tangible (magnético).

Los programas de cómputo se conciben, diseñan y se escriben, en forma parecida como si se estuviese escribiendo una composición musical o un argumento cinematográfico.

El programador puede ser el propio autor de un programa o bien ayudar a un autor de una concepción, a escribir técnicamente el programa.

A las concepciones que plasman la idea y la forma de desarrollar un programa, se le conoce con el nombre de **Código Fuente** de un programa y equivaldría a los planos para la construcción de una obra. Cuando estos conceptos son traducidos a expresiones numéricas que constituyen instrucciones electrónicas, que la máquina puede entender y ejecutar, nos encontramos con la parte del Programa de Cómputo conocida como **Código Objeto**. Ambos códigos, forman una simbiosis indivisible, en forma tal que el uno no puede existir sin el otro conjuntamente, constituyen la unidad de la obra intelectual y sus creadores son los autores del Programa de Computación.

En este sentido, habrá casos en que nos encontremos con un sólo autor programador o bien con una pluralidad de autores. Tenemos ya la obra y su autor o autores personas físicas. Estos autores, tienen la facultad legal de usar y explotar para sí dicha obra, consistente en el Programa de Computación. O bien, puede encomendar a terceros la explotación comercial del programa de cómputo a través de un

convenio mercantil o inclusive transmitir sus Derechos de Propiedad Intelectual, normalmente contra el pago de una remuneración convenida, o podemos tener el caso de una empresa, que tiene a su servicio, bajo una relación laboral, a programadores, dedicados a producir programas de computación, como colaboradores remunerados.

Surge así la figura del titular del Derecho de Autor, como persona distinta del autor persona física, pero legitimado para llevar a cabo la utilización y explotación comercial del programa de computación.

La Ley Federal de Derechos de Autor, estableció en su **artículo 7º** la relación de las distintas obras autorales, cuyo reconocimiento se confiere, dentro del marco de protección de la propia Ley.

De la lectura de dicho precepto, nos encontramos que se encuentran protegidas las obras científicas y técnicas así como todas las demás que por analogía pudieran considerarse comprendidas dentro de los tipos genéricos de las obras intelectuales antes mencionadas.

Así pues, es indubitable, que los programas de computación se encuentran protegidos por la Ley Federal de Derechos de Autor.

ACUERDO NO. 114, POR EL QUE SE DISPONE QUE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN PODRÁN INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO PUBLICO DEL DERECHO DE AUTOR.

Primero.- La Dirección General de Derechos de Autor procederá a inscribirse en el registro Público del Derecho de Autor los programas de computación cuyo registro se solicite, una vez que se haya cumplido con los requisitos que para el efecto establecen las disposiciones legales aplicables.

Segundo.- Para los efectos de dicha inscripción, el solicitante podrá presentar, a su elección, las primeras y las últimas 10 hojas que correspondan al programa fuente, al programa objeto o a ambas.

Tercero.- En todos los casos, el solicitante deberá acompañar a la solicitud correspondiente una breve explicación del contenido del programa de computación en cuestión.

Cuarto.- El solicitante podrá también presentar los ejemplares del programa de computación necesarios para el otorgamiento del registro, contenidos en cualquier tipo de soporte material. Cuando el solicitante exhiba soportes materiales diversos a su expresión impresa en papel, deberá acompañar a los mismos las primeras y las últimas 10 hojas impresas del programa en cuestión, las cuales se devolverán al interesado con las anotaciones correspondientes.

Quinto.- La Dirección General del Derecho de Autor adoptará las medidas administrativas que sean necesarias para el cumplimiento del presente acuerdo.

GUILLERMO CABANELLAS (R) por su parte, en su plática sobre LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS INFORMÁTICOS tiene a bien comentarnos que: La informática ha dado origen a una cantidad considerable de relaciones complejas que no pueden ser razonablemente tratadas mediante normas jurídicas elaborados para otros fines.

Una posición desgraciadamente frecuente en esta materia es creer en la posibilidad de adaptar los institutos tradicionales de la Propiedad Industrial e Intelectual a los elementos informáticos, sin necesidad de proceder a una reforma legislativa sustancial. Conforme a esta tesis, los elementos informáticos configurarían simplemente un nuevo fenómeno tecnológico, para cuyo tratamiento sería posible recurrir a las normas preexistentes en materia de Patentes, Derechos de Autor y Tutela de los Conocimientos Técnicos. A tal fin, se argumenta, que debe tenerse en cuenta que todas estas normas son tecnológicamente abstractas, en el sentido que, con pocas excepciones se presentan a ser aplicadas a todo tipo de tecnología.

Cabanelas en la conferencia antes mencionada, habla del soporte físico diciendo que este se puede **PATENTAR**, si este es novedoso, que sea inventivo y que tenga industrialidad.

Presenta dos aspectos fundamentales. En cuanto objeto físico, se encuentra protegido, como cualquier bien mueble, por las normas que crean y tutelan Derechos Reales respecto de los bienes muebles.

Las dificultades se manifiestan porque no es posible separar la tecnología incorporada a una computadora u otro soporte físico de los programas que controlan su secuencia operativa; según se verá al analizar la protección de los soportes lógicos, éstos pueden resultar no patentables por carecer de aplicación industrial o por faltarle el necesario nivel inventivo.¹

¹Respecto de la aplicabilidad de este requisito en el Derecho Argentino; Chaloupka, Pedro, ¿In Dubio Contra Patentem?, en "Derechos Intelectuales" Ed. No.2 p.45

La autoridad administrativa negó el patentamiento sobre la base de que la propuesta implica una manera particular de programar una computadora e intenta proteger un método sin ningún resultado industrial.

La Ley III, de acuerdo a su interpretación en Argentina, dice, que lo que se comercializará en definitiva será la disposición, que operando en la forma programada cumplirá con el cometido propuesto.

Existe así fundamento jurisprudencial para la proposición de que los programas informáticos aplicados a elementos físicos concretos y determinados son susceptibles de patentamiento, en tanto cumplan con las condiciones generales en materia de novedad y altura inventiva.

Además del patentamiento, la tecnología correspondiente o incorporada al soporte físico informático es susceptible de ser protegida en base al régimen que tutela a los conocimientos técnicos no patentados.

Es frecuente que la ingeniería inversa (reverse engineering) de estos elementos sea suficiente para tener acceso a esa tecnología. Sólo en los casos que cabe suponer no usuales, en que el desarmado de los elementos informáticos produce su destrucción, o en que existen componentes químicos de difícil análisis², es de prever que podrá mantenerse el secreto de estas tecnologías.

En cuanto a los contratos, tienen efectos simplemente entre las partes, no pudiendo oponerse a terceros que entren validamente en contacto con la tecnología incorporada al soporte físico y que no hayan suscrito contratos que protejan

² NOTA: Es conocida la dificultad que puede haber para develar fórmulas a partir del producto que las incorpora; el caso de la Coca-Cola es ilustrativo al respecto.

tal tecnología³.

Así también del Soporte Lógico, comenta, que diversos son los motivos que se han dado para esta negativa. Uno de los argumentos más frecuentes es el del carácter abstracto de los programas de computación; dice así Correa⁴: El obstáculo para la protección del software como invento patentable reside en su naturaleza de método o esquema mental compuesto por una serie de sucesivas etapas y operaciones que cristalizan en instrucciones dadas a un ordenador, sin elemento material o tangible (ya que la cinta, disco y otro instrumento de soporte físico del programa no constituyen la esencia del software), ni aplicación industrial inmediata. La naturaleza mental del programa no se pierde, aún cuando de su aplicación resulte una operación industrial relacionada, como el trabajo de un robot en una línea de producción, el control en el manejo de un buque, o actividades similares.

Otro motivo frecuentemente utilizado para negar la patentabilidad del soporte lógico es que su creación carece del nivel inventivo necesario para el patentamiento⁵.

La falta de patentabilidad antes descrita no implica que el soporte lógico carezca de protección jurídica. Lo que ha ocurrido, tanto en el plano nacional⁶ como en el Derecho

³ Magnin, F.; Know-how et Propriété Industrielle, ed. 14, Paris, 1974 p.p. 185 y siguientes.

⁴ Correa-Batto-Czar de Zalduendo-Nazar Espeche, "Derecho Informático, ed. 13, Depalma Buenos Aires, 1987, p.64

⁵ Luzzato, La Crisis del Software en "Problemi Attuali del diritto Industriale" ed. 3, Milán, 1977, p. 726

⁶ Juzg. Nac. 1ª Inst. Crim. No.11, 31/7/89, J.A. del 20/9/89, p.39.

Comparado⁷, es que se ha tendido a proteger el soporte lógico por vía del Derecho de Autor.

A nuestro entender, este enfoque adolece a gravísimas limitaciones que, si no se han manifestado aún en toda su intensidad en Argentina, se ha debido a la baja litigiosidad existente en esta materia, a la protección del soporte lógico por medios materiales- o sea impidiendo de hecho a terceros tener acceso al mismo-, y al hecho de que buena parte del software utilizado en Argentina, como en la generalidad de los países subdesarrollados, se encuentra en el dominio público, en el sentido de poder ser reproducido, en cuanto a su contenido sustancial, por cualquier técnico con experiencia en la rama profesional de que se trate. En los países desarrollados, en los que los soportes lógicos presentan una importancia económica muy significativa y creciente, dando lugar a fuertes conflictos jurídicos y económicos, existe mucha mayor conciencia de las graves limitaciones que adolece la protección del software por la vía de Derechos de Autor⁸. Ello ha llevado, según se verá, a la sanción de normas específicas que, sin implicar el patentamiento del software - bien que tal patentamiento es posible en diversos países bajo las normas generales del Derecho de Patentes⁹ -permiten una protección especial, ajustada a las particularidades y necesidades del soporte lógico.

⁷ UNESCO-OMPI, Protección Jurídica de los Programas de Ordenador. Inventario y Análisis de la Legislación y Jurisprudencia Nacionales en "Revista Del Derecho Industrial, París, 1974, p.630.

⁸ The Economist, 16/9/89, p.99.

⁹ Galán, Corona Eduardo, En Torno a la Protección Jurídica del Soporte Lógico, RDCO, ed. 11, Argentina, 1974, p.335.

Antonio Delgado Porras¹⁰ dice que: Toda norma jurídica viene a dar solución a un conflicto de intereses intersubjetivos. La norma, dice, significa una determinada composición de intereses opuestos e incompatibles, por virtud de la cual se sacrifican unos en favor de otros.

Hay pues, un conflicto de intereses entre los que producen y comercializan los programas y los que los usan, al que se trata de poner fin otorgando a los programas la cualidad de obras del ingenio y sacrificando el interés a los segundos al de los primeros.

En La Conferencia expuesta por Pedro Chaloupka¹¹ llamada **EL DERECHO DE LA INFORMÁTICA** comenta lo siguiente: Que ya nadie duda del desarrollo que se ha adquirido en los últimos treinta años. Tales creaciones pueden configurar una revolución en las actividades humanas más variadas, comparable - e incluso superior - a la o las llamadas revoluciones industriales de los últimos siglos. No parece aventurado pensar que sobre la base de la experiencia que ya nos muestra la realidad cotidiana el futuro estará definido por una presencia siempre creciente y cada vez más compleja de la informática y la cibernética en todo el que hacer del hombre. Desde esta perspectiva, parece muy cierta la afirmación que alguien hizo en el sentido de que quienes no tengan conocimientos suficientes para servirse de estos recursos técnicos serán los analfabetos del siglo XXI.

A medida que los recursos informáticos y cibernéticos dejaron el gabinete de investigación y comenzaron a

¹⁰ Delgado, Porras Antonio; Conferencia, El Optimismo a la Perplejidad Reflexiones impertinentes de un jurista sobre "La Protección de Computo por el Derecho de Autor", Argentina, 1989.

¹¹ Chaloupka, Pedro. Conferencia, "Derecho de la Informática", Argentina, 1989.

transformarse en herramientas de uso diario y la gente de Derecho haya comenzado a especular, legislar y decidir sobre la protección de tales recursos.

TERMINOLOGÍA EN MATERIA DE COMPUTO.

Los computadores y los ordenadores están capacitados para ejecutar una pluralidad de tareas en aplicaciones diversas.

El llamado **Firmware** son microprogramas alojados en la memoria de control del ordenador, esto es, secuencias de pasos elementales que permiten que el **hardware** del ordenador lleve a cabo determinadas instrucciones del programa. El firmware es el que le da hibridez entre el hardware y el software. Algunos de estos microprogramas se alojan en unidades ROM (memorias pasivas de lectura únicamente).

Acerca del modo de encarar la protección del hardware no existen mayores polémicas, puesto que las creaciones que se producen en tal terreno caben por regla general dentro de los inventos patentables, si se satisfacen las pautas establecidas con alcance general en las distintas legislaciones.

Se examinaron tres modos de protección concebibles para el software, a saber: Patentes de Invención, Derechos de Autor y sistema propio o Sui Géneris. Ninguno de ellos ha sido totalmente descartado hasta la fecha, pudiendo afirmarse que la triple alternativa subsiste al día de hoy.

En este punto debe hacerse constar que el obstáculo que se erige contra la protección del software como un invento patentable radica en que un programa es visto como una concepción puramente mental de pasos y operaciones que se le

instruyen hacer a un ordenador, lo cual al no involucrar la manipulación de materia que muchos ven como parte esencial de un invento patentable relegaría al programa a un terreno especulativo ajeno al ámbito de los avances técnicos industriales que se acogen a la protección de las Patentes.

La Convención de Munich de 1973 que instituyó la Patente europea expresamente excluyó los programas del ámbito de las invenciones patentables, y tal prohibición se ve reflejada en la legislación nacional de países como Francia, Alemania, Italia e Inglaterra¹².

La característica antes señalada del **Firmware** de poder tener asiento físico en un componente discreto del ordenador y más aún si ello se da junto con la eventual aptitud de su remoción o reemplazo hace que la Patentabilidad del **firmware** aparezca menos controvertida.

El Derecho de Autor, por su lado, no ofrece virtualmente resistencias en el panorama mundial en cuanto a dar cabida al software.

Se excluye del ámbito de las infracciones las copias o adaptaciones que el propietario de una copia de un programa haga de esta última con fines de su utilización o archivo¹³.

Un punto que genera discrepancias en cuanto a la extensión del Derecho de Autor para las creaciones del software es el relativo al código objeto. Es sabido que un programa se redacta por seres humanos en una variedad de lenguajes de programación cuya característica común es ser al

¹² Galán, Corona Eduardo, Op. Sit., p.p.329-359

¹³ Stern, The Legal Protection Of Computer Software and Computer- Related Innovations in the United States, E.U.A., 1978, p.157.

mismo tiempo legibles para el hombre e introducibles en un ordenador. Este ordenador los convierte internamente en el llamado lenguaje de máquina que varía de un equipo a otro mediante un procedimiento de compilación. Llámese programa fuente o código fuente al que está escrito en el lenguaje de programación legible para seres humanos; en cambio, recibe el nombre de programa objeto o código objeto al que resulta de la conversión del anterior en lenguaje de máquina. El lenguaje de máquina, interesa acotar, es virtualmente ininteligible para el ser humano, dado que se expresa en alfabeto binario, y lo más parecido a su representación gráfica sería una retahíla de 0 y 1.

En base a estos sucintos conceptos a veces se ha negado protección bajo los Derechos de Autor al código fuente, y ello un poco por su carencia de aptitud para ser percibido por los sentidos humanos que lo alejaría de un escrito, imagen, objeto tridimensional, sonido, etc. y otro poco porque el mismo no ha sido en rigor escrito en cuanto tal por un agente humano. Sin embargo, debo confesar cierta extrañeza ante la duplicidad que representa dar cabida a los chips o plaquetas entre los objetos amarrables por la legislación autoral con el argumento de que de algún modo contienen una expresión del pensamiento de quien compaginó la información y/o instrucciones codificadas en tales elementos mientras se la niega al código objeto que no es sino otra manera de expresar la información o instrucciones creadas por el redactor del código fuente.

Lo que no parece claro, de todos modos, en la solución de dar amparo legal al software bajo el Derecho de Autor, es la extensión de tal Derecho. Pocas dudas caben sobre la exclusividad que le cabe al autor, o a sus derechohabientes, de una creación de este género para impedir la reproducción no autorizada con el fin de lucrar con su venta o alquiler,

pero no existe una claridad análoga en lo tocante a impedir el uso del programa, cuyo uso, o cuya copia, fueron obtenidos sin autorización del titular, o derechohabientes, del Derecho de Autor. Siendo una constante universal en la legislación autoral que las ideas son libres, al punto que cualquiera puede usar incluso con gran provecho económico las ideas y métodos expuestos en obras que gozan de protección legal¹⁴.

Esto podría ser visto como la limitación fundamental que aqueja al sistema de Propiedad Intelectual tal como se lo conoce hasta ahora para dar cabida sin más, y con tal eficacia, a las creaciones del software.

En el terreno de las regulaciones Sui- Générés existe un significativo aporte materializado en las Disposiciones Tipo para la Protección del Soporte Lógico, preparadas por la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual¹⁵, luego de las consultas con expertos gubernamentales y privados de los países del mundo que adhirieron al proyecto, entre ellos el nuestro. Se adopta un régimen más próximo al de la propiedad intelectual que al de Patentes de invención, pero con la sensible ventaja de no hacer convivir bajo una sola Ley la Propiedad Intelectual tradicional y los peculiares Derechos de los creadores del software.

Chaloupka¹⁶ concluye diciendo: que se inclina por ver la normativa Sui- Générés como la mejor y probablemente la

¹⁴ Mouchet, C. Lpszyc, D y Yillalba, C.A., "La Protección Jurídica de las Ideas (Derecho de Autor y Derecho Industrial)", ed. 8, Ginebra, 1978, p.p. 41-61

¹⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, 1978, p.814

¹⁶ Chaloupka, Pedro. Conferencia. Op. Sit.

Única manera posible de amparar cabalmente este tipo de creaciones. - Ello, empero, no significa para nada juzgar inviable la protección en el terreno de los Derechos de Autor. A mi modo de ver, el obstáculo más serio que el régimen autoral tendría y adviértase a el modo verbal condicional que empleo, porque creo que ello no es tan así, resultaría de que la protección de dicho régimen autoral para el software impediría la reproducción o copia no autorizada de tales creaciones, pero no su libre uso en un equipo dado. Aquí estaríamos en situación de analogía con los recetarios de cocina, o con los métodos para ganar a la ruleta, donde el Derecho del Autor se limitaría a que no le copien el libro, pero no alcanzaría a impedir la aplicación práctica de sus enseñanzas. En el caso del software esta dificultad puede obviarse admitiendo que es imposible usar un programa sin previamente almacenarlo en la parte pertinente de un ordenador que se destine a ello, y que tal almacenamiento representaría transcribir en ese ordenador una copia del programa en un sentido que daría cabida a las acciones que amparan el Derecho de Autor.

FRAGILIDAD DE LOS PROGRAMAS

DILAPIDACIÓN.

Al aumentar la potencialidad de los sistemas, el proceso de creación se torna más complejo haciendo que los costos de producción y, por ende, los precios sean cada vez más elevados. Vivimos actualmente una nueva tendencia: la creación de programas que pueden interesar a varios usuarios o permitir igualmente una utilización general.

PIRATERÍA Y ESPIONAJE INDUSTRIAL

Los problemas de piratería de los programas de cómputo se originan, preponderantemente, en la lucha continua de las empresas especializadas por dominar el mercado informático de programas. También los particulares, aprovechándose de sus conocimientos informáticos y el acceso a esta nueva técnica, llegan a realizar un verdadero pillaje para su beneficio personal.

En lo que respecta a las empresas, esas acciones se realizan por la vía del espionaje industrial, se manifiesta por la intermediación de usuarios de buena o mala fe, buscan beneficios adicionales vendiendo la información a la competencia o a otros usuarios.

En la piratería el robo material de la cosa no existe. En el caso de los programas, es suficiente con "copiar" la información para después obtener provecho de la misma.

UNA PROTECCIÓN POR LAS VIAS COMUNES SIN EFICACIA REAL.

Para el uso fraudulento de programas se puede hacer una reagrupación en dos áreas bien definidas: **La Técnica y la Jurídica**. La primera se caracteriza por ser muy costosa y compleja; esta consiste en un resguardo en secreto del programa.

Estas técnicas son generalmente onerosas y por momentos ineficaces, sin embargo, dadas las circunstancias, ninguna firma puede privarse de usar esos medios de resguardo. El proveedor debe de tomar medidas con la protección de programas, que le permitan por ejemplo, contabilizar la

frecuencia de uso de su programa y prever, al final de ese período, la destrucción del mismo.

La Criptografía y el Borrado Interno son dos medios importantes dentro de esta protección Técnica.

LA CRIPTOGRAFIA.

Es un sistema interesante y potencialmente eficaz. La criptografía es la ciencia que transcribe las informaciones en forma secreta; forma incomprendible para toda persona que no sea el usuario o el destinatario. El **DESCRIPTAJE** es una ciencia cuyo objeto es el descifrado de las informaciones secretas o codificadas sin el conocimiento previo del código, del método o la clave del código.

La criptografía consiste, por tanto, en "**Criptar**" los programas por un sistema de codificación sofisticado que emplea una o varias claves, conjunto de caracteres que transforman un método general o un algoritmo específico en informaciones codificadas, a efecto de que el enemigo aún conociendo el algoritmo, no le sea de provecho, pues deberá conocer también la clave.

El **criptaje** tiene riesgos, como son la pérdida de claves, consecuentemente el robo de las claves; no poder introducir nuevas claves en un tiempo deseado, otro riesgo es que la clave puede estar en manos de varios usuarios, incrementando los riesgos ya que la clave es divulgada y el sistema se torna accesible. El **descriptaje** resulta muy caro y exige tiempo para el perfeccionamiento.

BORRADO INTERNO

Diversas empresas utilizan el método de reloj interno en sus programas, mediante un conjunto de instrucciones las

cuales estas dejan de funcionar pasados treinta días. Existen otros sistemas los cuales te obligan ver a tu asesor al pasar determinado tiempo, y solo el podrá hacerlo funcionar nuevamente a través de una recodificación del programa. Estos programas se protegen contra el copiado impropio del programa por un mecanismo de codificación de pistas, realizado por cada empresa en particular, y en caso de necesidad da lugar al borrado del programa en cuestión. Un riesgo de este, es que un programador descontento pueda sabotear el programa luego de que este deje la empresa.

Para fines de protección, diferentes empresas sugieren diversos consejos de seguridad:

- 1) Establecer un código de conducta especificando que constituye una actividad autorizada, haciendo mención de las leyes que permiten la persecución en caso de delito.
- 2) Organizar reuniones especiales con el personal que presente problemas con la empresa.
- 3) Utilizar contactos dispersos en la empresa.
- 4) Recurrir a un sistema individual de funciones, de verificación y balances para vigilar continuamente al personal.
- 5) Desarrollar políticas para el personal incorporado, como por ejemplo, enviar al empleado de vacaciones para separarlo de los demás y obtener una actitud más positiva.

La protección técnica perfecta no existe. Lo cierto es que la protección de los programas no puede resolverse utilizando sólo estos medios técnicos. Hay que considerar también al Derecho, aún si en primera instancia pueda derivarse una comprobación de insuficiencia.

INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO CLÁSICO.

Los contratos juegan un papel muy importante en la difusión de los productos programas. Lógicamente debe haber siempre cláusulas que prevengan sanciones en caso de comportamientos ilegales.

LA PROTECCIÓN POR CONTRATO.

Todo contrato referente a un programa deberá hacer alusión a cláusulas que garanticen la seguridad de los datos, y prohibir el acceso a los mismos a toda persona no autorizada a:

- Obtener informaciones que pertenezcan al contratante, ya sea copia duplicación o robo del programa.
- Modificar las informaciones contenidas en un soporte magnético, o modificar su programa.
- Destruir informaciones, borrar el contenido de un disco o una banda magnética o escribir en una banda que contenga información.

- Utilizar los recursos de un sistema sin autorización.
- Explotar un programa donde el uso esté reservado por contrato.
- Definir programas que se deseen mantener en secreto.
- Indicar cuales son los datos y programas con carácter de "sensible". Esto es para que el proveedor se atenga a las consecuencias que tendría la divulgación de esos datos al exterior de la empresa, por lo que es recomendable:
 - a) Que el personal que ejecutará el contrato haya sido notificado del carácter confidencial que presentan los datos y los programas en cuestión.
 - b) Que el contrato contenga una cláusula de "Secreto Profesional".

Así el cliente puede exigir por vía contractual, y en ciertos casos, que el proveedor se comprometa a no divulgar la naturaleza de las prestaciones efectuadas por su cuenta, así como no hacer ninguna referencia sobre él.

Todo esto obliga a que el programa sea utilizado sólo en el marco que marca el contrato con el proveedor sin que exista un duplicado utilizable por un tercero. Estos contratos estipulan por un lado, que el programa es propiedad de una de las dos partes, lo que le da una reserva privativa, y por otro lado, el que los participantes en la elaboración del programa se comprometan a conservar el secreto.

El peligro de las irregularidades podrían provocar la anulación del contrato, que podrían ser cláusulas mal redactadas, contradictorias y confusas. Pero el más grave peligro es que los contratos no constituyen un derecho objetivo. Por lo que hay que buscar una solución más allá del Derecho Contractual.

MÉTODOS DE PROTECCIÓN DERIVADOS DEL DERECHO COMÚN.

El problema ha sido que los Secretos Comerciales aplicados a los programas se han considerado equivalentes de los Derechos exclusivos autorales respecto a los artículos 102, 103, 106 y 301 del Copyright de 1976 de E.U.A., lo cual ha motivado el desplazamiento de las Leyes estatales sobre Derechos Comerciales respecto al problema.

LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS POR EL DERECHO PENAL.

Estudia las técnicas del Secreto. La sutil diferencia entre Secretos Comerciales y Secretos de Fabricación.

En los Estados Unidos, el Secreto Comercial hace referencia a una obligación implícita que se desprende de la ley y recae particularmente sobre los antiguos empleados o socios comerciales. Esto es que un empleado antiguo divulgue un secreto provocándole a la empresa perjuicio económico o desprestigio.

Al tenor del artículo 418 del Código Penal Francés, contempla el caso de violación de los secretos de fábrica y que prevee una sanción para los directores, comisionados y obreros de una fábrica, que comuniquen los Secretos de una Fábrica donde estén empleados.

LA PROTECCIÓN POR LA VÍA CIVIL
la competencia desleal

Para que una empresa o un individuo pueda ser objeto de una acción en competencia desleal es necesario que cause un perjuicio por el hecho de sustraer un secreto de empresa de manera furtiva, así podríamos someternos al caso del espionaje industrial.

LA RESPUESTA: RESERVA PRIVATIVA

El reconocimiento en provecho del creador beneficiado de un Derecho Privativo, bajo la forma de una "Reserva" de la creación sancionada por una acción en contrapartida, bien parece la técnica de protección más eficaz.

Carlos Alberto Villalba¹⁷ en su conferencia nos platica de la cantidad de situaciones novedosas y la variedad de lagunas existentes, referente a la piratería de programas de cómputo, el legislador puede verse tentado a cubrirlas sin darse cuenta de la finalidad que cumplen, así como a multiplicar paralelamente las leyes de crisis buscando adecuarse al ritmo de la evolución de los hechos y codificarlos.

Ahora bien, la legislación debe reunir entre otras cosas dos condiciones a saber:

¹⁷ Villalba, Carlos Alberto. Conferencia "La Protección de Programas de Cómputo" Argentina, 1989.

- 1) Por una parte una sociedad democrática debe expresar la conciencia media del grupo social al que pertenece. Pero la coexistencia de los valores culturales diversos es cada vez más acentuada y las sociedades que están cada vez más comunicadas deben responder a estímulos no generados por el grupo social; y

- 2) Al codificar, el legislador se propone crear un sistema omniscoprensivo, es decir sin admitir lagunas, apto para resolver todos los conflictos sociales duraderos en el tiempo. La innovación tecnológica ha sido más rápida que la capacidad de recepción legislativa o, dicho de otra manera, es preferible adoptar soluciones legislativas elásticas que permitan una colaboración integradora de la labor jurisprudencial hasta que la conciencia social esté preparada para reformar la ley con una perspectiva de cierta estabilidad.

Concebir y diseñar un circuito integrado es costoso y difícil; el copiarlo es, por el contrario, relativamente fácil y su costo muy inferior al necesario para su desarrollo. Por ello es importante, en aras de la innovación tecnológica, la protección de los productos semi-conductores, de manera que puedan amortizar sus inversiones.

Se propone otorgar Derechos exclusivos que sólo recaigan sobre las creaciones que admitan la mayor cantidad de competencia posible. Una idea admite indefinida cantidad de formas de realización y es por ello que un monopolio sobre la misma, inhibiría la creación de las segundas.

Esta necesidad de hacer compatible el reconocimiento al esfuerzo creador y al talento con el de fomentar el progreso científico y cultural existe tanto en materia de obras

intelectuales, metafóricamente llamadas obras del espíritu como de las invenciones patentables u obras utilitarias.

En las obras intelectuales, la tendencia es la de aumentar los plazos medios que se han fijado en 50 años después del fallecimiento.

Una invención caída en dominio público sabemos que no es materia de un contrato válido en cuanto pretende transferir un Derecho que está en manos de todos.

En medio de este conjunto de interrogantes y de consideraciones abstractas ha existido una notable coincidencia en el sentido de que el programa de computación debe ser protegido o por el Derecho de Autor, o por el Derecho de Patentes o por un Derecho Especial o Sui Géneris o por el Derecho Común.

Las precisiones lo da el legislador español cuando, en el artículo 11 de la Ley No. 11/88, dice que la protección que se brinda por la Ley que tutela a los semiconductores es compatible con la que brinda la Ley de Patentes y Modelos de Utilidad.

LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

En la protección de programas, la gran mayoría de los autores han considerado a éstos como creaciones intelectuales, y por tanto, susceptibles de asimilación al régimen de propiedad intelectual.

DATOS A CONSIDERAR

La propiedad industrial, es una categoría más amplia del Derecho de la Propiedad Intelectual, presenta dos ramas mayores especialmente representativas: **Las Marcas y las Patentes.**

LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS POR EL DERECHO DEMARCAS.

Un imitador podrá poner en circulación un nuevo programa inspirado en el primero o aún plagiarlo con un nombre diferente, por lo que existe un gran grado de incertidumbre en cuanto a la protección de los programas de cómputo por este medio, sin embargo existen sanciones pronunciadas en los Estados Unidos para dictar sanciones de carácter penal en caso de que esto suceda.

Por lo que debemos considerar esta figura jurídica como eventual en la protección de programas.

LAS MARCAS.

La Marca es un signo distintivo que permite a su titular distinguir sus productos o sus servicios de aquellos de la competencia¹⁸.

La OMPI, define por Marca "Un signo visible protegido por un Derecho exclusivo concedido en virtud de la Ley, que sirve para diferenciar las mercancías de una empresa de las mercancías de otra empresa".¹⁹

La Marca es entonces un vehículo utilizado por las empresas para atraer la clientela.

¹⁸ Y. SaintGal, "Política General de una Empresa para la Protección y Defensa de sus Marcas en el Extranjero". Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística, num.15-16, año VIII, México, enero- diciembre, 1970, p.p. 74-75.

¹⁹ OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), "Transferencia de Tecnología a los Países en Desarrollo"; (Marcas), Doc PU/92, junio, 1975, p.3.

Las funciones de las Marcas son las siguientes:

- Asegurar al producto un carácter distintivo.
- Asegurar la protección del producto partiendo de la empresa.
- La Marca protege al titular contra sus competidores al igual que al público contra los usurpadores potenciales.
- Asegurar una garantía de calidad.
- Asegurar una indicación de origen. En tanto que permite identificar el producto con la empresa.
- Asegurar el destino de la publicidad.

LAS PATENTES.

La ONU define a las Patentes como un privilegio legal concedido por el Gobierno a los inventores y otras personas, donde los Derechos derivan para el inventor durante un cierto tiempo para que otras personas produzcan, utilicen o vendan un producto Patentado.²⁰

Para la OMPI es:

un documento emitido a solicitud presentada ante la institución nacional respectiva (internacional para el caso de varios países) que describe una invención y crea una

²⁰ ONU, Ministerio de la UNCATAO, "La función del sistema de Patentes en la Transferencia de Tecnología hacia los Países en Desarrollo", Doc. T.D./BAC II 119, Revista I, Abril, 1976.

situación jurídica en la cual la invención patentada puede ser explotada normalmente (fabricada, utilizada, vendida o importada) bajo reserva de la autorización del titular de la Patente.

La protección que confiere la Patente está limitada de quince a veinte años. La invención debe ser una solución a un problema concreto en la esfera de la tecnología, sea como producto o como proceso.

EL DERECHO DE PATENTES.

Las invenciones reveladoras de un programa constituyen un objeto patentable al tenor del artículo 101 de la Ley de Patentes. Según este artículo, cualquiera que invente o descubra un procedimiento, máquina, fabricación, composición de materia nueva y útil o todo perfeccionamiento nuevo que concierna, podrá obtener una Patente bajo reserva de las condiciones y exigencias a este capítulo de la Ley. Pero este se modificó.

Actualmente la sección de apelaciones de la Oficina de Patentes y Marcas aplica sistemáticamente este examen.

LA PROTECCIÓN DE PROGRAMAS POR MEDIO DE PATENTES.

Tres características que debe presentar todo objeto patentable son la **Novedad**, **Actividad Inventiva** y **Carácter Industrial**.

Novedad - Una invención es considerada como nueva si ella no está comprendida en el estado de la técnica, entendiéndose por técnica todo aquello que ha sido puesto al conocimiento del

público antes de la fecha del depósito de la solicitud de Patente por una descripción escrita u oral, un uso u otro medio; este principio presenta una excepción y es que una invención puede considerarse como nueva, aun si ella ha sido puesta del conocimiento del público antes de la solicitud de Patente. En cuanto a la novedosidad de los programas se ve un orden nocional- que es saber que hay compatibilidad entre los caracteres propios del programa y la noción de Novedad.

Actividad Inventiva.- Es una condición de patentabilidad que se aprecia diferentemente según cada país y que resulta generalmente de lo subjetivo. La invención no debe parecer evidente a un técnico en la materia.

Carácter Industrial.- La invención debe aportar una solución a programas con dificultades de índole industrial a través de resultados tangibles.

Las Patentes nacieron de la Revolución Industrial y su doctrina ha sido elaborada en función de las invenciones mecánicas.

El Carácter Industrial y la Actividad Inventiva son los elementos que constituyen la piedra angular en la posible protección jurídica de los programas por la vía patentaria.

El Derecho europeo de las Patentes no reconoce la calidad de invención a los programas, lo cual significa una negación a priori de todo Carácter Industrial.

FORMULA DERIVADA DEL DERECHO DE PATENTES.

Este concierne al Carácter Industrial y al Carácter Inventivo que como fue expresado anteriormente, constituyen los principales puntos de controversia.

En lugar del Carácter Industrial solo será requerida una utilidad para la industria.²¹ El Carácter Inventivo se reemplaza por una exigencia de eficacia del programa propuesto y por aquella del progreso realizado en el ámbito de la aplicación respectiva. Dicha tendencia permitiría recompensar al creador del programa, o al menos amortizar su inversión, comprometerlo a uno de los fines del Derecho Patentario como lo es el avance técnico.

Esta fórmula ofrece, por otra parte, una flexibilidad en el procedimiento mismo de la obtención del monopolio a nivel de la simple redacción de la solicitud y realización del examen previo.

Según Victor Siber²², la industria de IBM ha usado a las Patentes como protección de sus inversiones en hardware, y dicen que las Patentes tienen la ventaja de proveer amplia protección para invenciones relacionadas con el software, a condición de que dichas invenciones satisfagan estrictos requisitos a mérito técnico-novedad, no obiedad, utilidad y cobertura de más de un algoritmo matemático.

²¹ A. Lucas, "La Protection de Creations Industrielles Abstraites", Liteg, 1975 y "Protection des Programmes" Rev, Sp. Com., 1979, p.483

²² Siber, Victor. Conferencia. "Protección de Derechos de Autor: Su Rol en el Mantenimiento de una Industria de Software sana y Competitiva Ahora en el Futuro", Argentina 1989.

Una Patente no protege la expresión literal de un código de programa de computadora por sí mismo. Solamente protege una invención relacionada con un programa de computadora. Ejemplo, la invención es un procedimiento o un aparato que ponga en práctica una aplicación utilitaria o realiza una función utilitaria, y la mayoría de las Patentes de software comprenden invenciones, implementación de software y hardware.

Las Patentes de software proveen un fuerte incentivo para innovar, pues el inventor podría desarrollar mejoras importantes sobre el concepto del inventor original, y luego negociar una licencia cruzada con el inventor original.

Para la protección de Patentes, la invención no solamente debe ser novedosa sino también no obvia, y debe cubrir algo más que un algoritmo matemático, antes que la Patente sea emitida.

No puede ser conocida o usada públicamente con anterioridad.

LA PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA.

Tiene como máxima expresión a los Derechos de Autor. Los modelos y dibujos tienen una protección entre los cinco y los quince años.

Algunos autores dicen que la obra intelectual, es una manifestación por excelencia de la personalidad humana, es por excelencia una propiedad.

PROGRAMA Y DESTINO.

Es indiscutible su fin utilitario y no únicamente bajo el aspecto de función operativa para la máquina sino también en el caso donde el programa es la solución a un problema concreto.

UN DERECHO SUI GENERIS

Los Derechos Patentario y Autoral, a fin de integrarlos en una estructura nueva y específica, es decir, en un Derecho Sui Géneris.

FORMULA HÍBRIDA.

El inconveniente fundamental que suscita esta fórmula estriba en su obligada organización y aplicación internacional a efecto de revestir una verdadera trascendencia.

Se trata, de un sistema de registro internacional como protección paralela de vigencia en varios países, que tiene por objeto recompensar y favorecer los esfuerzos de los creadores de programas, así como difundir estos conocimientos. El programa, así como la descripción del concepto considerado como nuevo, tendrían que ser objeto de un depósito y un exámen posterior sin implicaciones demasiado formales especialmente referidas a la originalidad o la Novedad.²³

Dicho sistema se fundamenta en la idea de que el creador del programa debe beneficiarse por el monopolio, el cual estaría más orientado en su conjunto hacia un régimen de protección autoral. Sin ser necesaria la apreciación del carácter de novedosidad.

La OMPI propuso en el año de 1983 un proyecto de tratado internacional para la protección de programas.

²³ P. Kirby, "Industrial Property Protection for Software at AIPPI-MIE" conferencias sobre algunos tópicos relativos a la Protección de la Propiedad Industrial, Budapest, 1973.

C A P I T U L O I ID E R E C H O S D E A U T O R .

Prácticamente todas las legislaciones en los diversos países contemplan al menos las siguientes obras literarias: novelas, cuentos, poesía, obras dramáticas y otros escritos, cualquiera que sea su contenido, su extensión, su objetivo, su forma, obras orales, es decir, aquellas que no son transcritas siendo igualmente protegibles por la legislación de los Derechos de Autor; las obras fotográficas y las obras plásticas entre otros.

En general, el Derecho de Autor radica en el autor de la obra.

La protección de los Derechos de Autor significa que ciertos usos determinados de una obra son reservados al titular y no pueden, fuera de él, ser efectuados más que con su autorización. Las más frecuentes de esas prerrogativas son el derecho de copiar o de reproducir todo tipo de obra; el Derecho a la interpretación o a la ejecución en público especialmente las obras musicales, dramáticas y cintas cinematográficas.

LA DURACIÓN.

La protección del Derecho de Autor está limitada en el tiempo. Muchos países han adoptado como regla general una limitación de 50 años luego de la muerte del autor de la obra, con algunas excepciones en el caso de las fotografías, obras cinematográficas y traducciones de ciertas obras.

Los Acuerdos Internacionales. Las leyes de países relativas al Derecho de Autor se refieren a los actos generalmente realizados en el mismo. La protección de Derechos de Autor fundada en la legislación nacional no tiene

efectos más que en el país en cuestión y la protección en los países extranjeros estará garantizada únicamente por la existencia de acuerdos internacionales.

La protección por los Derechos de Autor, son concebidos en referencia a tres grandes principios tradicionales contenidos en forma explícita o implícita en las diferentes legislaciones, el principio de la exclusión de las ideas a proteger, es el principio de exclusión a título de criterio de selección del género de la forma de expresión, el mérito y la destinación, y finalmente, aquel considerado como el más importante, el principio de la originalidad en cuanto al criterio mismo de acceso a la protección.

Los programas utilizan letras que constituyen palabras comprensibles para la máquina y para ciertas personas, acompañadas de diagramas y dibujos en sentido general. Todo este conjunto constituye un lenguaje ciertamente técnico, pero lenguaje al fin.²⁴

Todo programa de cómputo adquiere diversas formas materiales o tangibles tales como escritos, gráficas, símbolos, suficientes para hablar de una forma de expresión. En este sentido cabe señalar que la Ley Americana sobre Derechos de autor (Copyright Act de 1980) menciona la exteriorización de la obra bajo una forma tangible de expresión,²⁵ y esos soportes materiales que venimos de mencionar son aceptados como formas tangibles de expresión.²⁶

²⁴ A. Lucas. Op. cit. p. 482

²⁵ Artículo 102 de la Ley de E.U.A.

²⁶ Ver Data Cash Systems VS. C.I.S. y A. Group Inc. CNDIII 1979 y Tandy Corp. VS. Personal Micro Computer, Inc. C.N.D. COL.1981.

PROGRAMA Y ORIGINALIDAD.

Esta es ciertamente la piedra angular sobre la que se basa la teoría de la protección de programas por la vía autoral.

Entre las objeciones formuladas a este respecto encontramos un argumento según el cual, parece imposible buscar la originalidad del programa independientemente de su contenido.²⁷

Hay personas que sostienen que el autor puede ser original aun si explota ideas que en el fondo pertenecen al dominio público.²⁸

Por otra parte, hay otros autores que estiman que no hay cabida a ningún Derecho puesto que la estructura esencial del programa debe ser considerada como perteneciente al dominio público en virtud del principio de la no apropiación de las ideas.²⁹

Toda obra protegible por los Derechos de Autor implica una naturaleza creativa a nivel intelectual y que, en ese sentido, los programas manifiestan la existencia de un mínimo de esfuerzo intelectual, por parte de los creadores³⁰ en función de su finalidad utilitaria. Pero esto conduce precisamente a negar en forma rotunda toda originalidad en virtud de que el programador está sometido a una lógica

²⁷ Buc H. "La Protección Jurídica de los Programas", Revista de Derecho Intelectual, no.6, junio, 1976.

²⁸ Linant de Belefonds, "La Informática y el Derecho", P.F., 1981, p.90, Quien considera que no es suficiente para escapar de los requerimientos del Derecho de Autor, el cambiar algunos detalles en tanto exista la estructura esencial de lo original, no se tratará de una adaptación subordinada a la autorización del autor.

²⁹ A. Lucas, Op. Cit., p.483

³⁰ Ibidem.

obligada.³¹

Si bien el juez debe abstenerse de tomar partido sobre el valor de la obra, él no puede sin embargo atribuirle un monopolio a menos que esté cierto de que dicha obra es original.

Hay que ajustarse primeramente a la cuestión de orden teórico. Como sabemos, la protección acordada por el Derecho de Autor implica el goce de Derechos de orden Moral y Patrimonial sobre la obra.

El monopolio no puede entenderse entonces más allá de estos detalles,³² y aplicado a los programas, el creador no podría defenderse más que en el caso de ciertas reproducciones.

La estructura esencial del programa debe ser considerada como perteneciente al dominio público en virtud del principio de apropiación de las ideas.

Otra dificultad de orden práctico es la derivada del Derecho de Reproducción, ya que según la naturaleza del mismo, el monopolio del autor estriba en la reproducción de su obra y no tanto en el uso de la misma que queda libre.

Hay algunas disposiciones legales que no consideran como infracción a las copias estrictamente reservadas al uso privado del copista y no destinadas a un uso colectivo.³³

Los programas son frecuentemente el resultado de un trabajo en equipo, por lo común empleados, lo cual acentúa aún más el problema. Quedarían por formularse otras preguntas como la duración de prerrogativas (término de 50 años.)

³¹ P. Sidler, Der. Schutz Von Computer Programmen im Surhber-Und Wette- Werbsrecht, Bale, 1968, p.28

³² Trad. N. Desbois, "Le Droit d' Auteur en France", France, 1978, p.44

³³ Artículo 41 fracción I de la Ley Francesa de Derechos de Autor.

FORMULA DERIVADA DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

Cabe mencionar que la aplicación de esta fórmula implica la existencia de un organismo nacional para el registro y depósito de programas. Por otra parte, esta propuesta contiene principios comúnmente admitidos como es el caso de una duración de protección relativamente corta entre los cinco y los diez años.

Esta fórmula requiere de la originalidad.

En la plática que llevó a cabo Carlos Alberto Villalba³⁴ nos habla de EL DERECHO DE AUTOR IMPLÍCITO diciendo que como todos sabemos que el Derecho de Autor se desarrolló al impulso de la tecnología, la imprenta, el telégrafo, la grabación sonora, el cine, la radio, la televisión, los satélites, la fotocopiadora y el banco de datos electrónico impactaron a su turno con gran fuerza en la noción del Derecho. En la medida en que se produce una aceleración en la invención y puesta en el mercado de las nuevas tecnologías, aparece la idea de un Derecho en permanente temblor sin que se produzca un espacio de tiempo suficiente como para que se reconozca un nuevo statu quo.

La riqueza de las formas de expresión cultural hace que cualquier sistematización que se haga de las obras intelectuales existentes deje omisiones o dudas frente a la riqueza de la imaginación creadora y ponga siempre al margen del Derecho a las nuevas obras.

Cuando el videocassette y el aparato de reproducción de los mismos aparecen en el medio cultural, surge un nuevo medio que estaba implícito en la estructura de las leyes nacionales y de los tratados. Podemos afirmar en

³⁴ Villalba, Carlos Alberto. Conferencia. Op. Cit.

consecuencia, que la estructura tradicional del Derecho de Autor es compatible con las transformaciones culturales y los cambios tecnológicos.

El Derecho de Autor no es extraño a:

- a) Las obras literarias que se expresan solamente por medio de la palabra como son las obras orales o a las escritas utilizando los signos alfabéticos;
- b) Las obras audiovisuales o a las que se expresan a través de imágenes como los programas televisivos no fijadas;
- c) Las obras que persigan un propósito estético como las anteriores, las dirigidas a la enseñanza como las obras didácticas o dirigidas a la investigación como las científicas;
- d) Las obras destinadas a contemplación como las obras plásticas y las destinadas a movilizar la competencia como las publicitarias;
- e) Las que se incluyen en soportes sólo perceptibles con la ayuda de una máquina como los fonogramas y los programas de computación;
- f) Las que generan derechos frente al uso público como las que están amparadas del uso privado, como ha sucedido desde la reducción de costos y la producción económica de los sistemas de reproducción;
- g) Las que están destinadas para ser construidas a partir de los planos como las obras de arquitectura, o las que se confunden con su soporte físico, como los grabados destinadas a producir ejemplares idénticos al original;
- h) Las que generan Derechos exclusivos o las que generan el reconocimiento a una remuneración equitativa;

- i) Las que forman parte del Derecho de Autor porque no siendo obras son necesarias para el ejercicio de los Derechos como las sociedades de autores;
- j) Las que son afines en su objeto como el Derecho del intérprete o conexas a su ejercicio como el derecho de los productores de fonogramas o de los organismos de radiodifusión o el Derecho de los editores a sus presentaciones gráficas;
- k) Las que se protegen por los materiales que compilan, como los órganos periodísticos, los diccionarios, enciclopedias, colecciones de jurisprudencia y los bancos de datos;
- l) Las que se realizan con el concurso de operarios o artesanos o técnicos o artistas, como las escenografías, y las coreografías.

Si recordamos los antecedentes históricos del Derecho de Autor, veremos que la finalidad inmediata de sus normas no es otra que la protección al autor.

La protección del autor, en el sistema normativo de referencia, se lleva a efecto, en primer término, mediante las notas (requisitos de protegibilidad) que configuran el concepto de obra, objeto del Derecho Subjetivo de Autor. Dichas notas son las de creatividad, originalidad y concerción en forma. Únicamente es creativo lo que procede de la capacidad específica del hombre de producir algo a partir de la realidad preexistente, sin que este algo se encuentre necesariamente en dicha realidad.

Se considera original la creación intelectual propia de su autor, siempre que la creación de un programa pueda imputarse a una persona natural existirá originalidad.

Si el programa no necesita para su protección reflejar la personalidad del creador es decir, ser auténticamete original, huelga el Derecho Moral y , especialmente, la

facultad del mismo de exigir respeto a la obra de ejercer Derechos exclusivos puede cederse a otra persona, el autor conservará al menos el Derecho inalienable a reclamar la paternidad de la obra. Pero la protección de los intereses personales del programador brillan por su ausencia.

Subtraídos de la protección del programa esos intereses que constituyen el núcleo de la tutela del autor, pierde, el Derecho exclusivo de explotación del programador el significado de instrumento de articulación de la dualidad de poderes jurídicos (personales y patrimoniales) que comporta el Derecho de Autor. Y con la desaparición de ese significado, se desvanece también la justificación de un sistema especial que regule la adquisición y transmisión del Derecho sobre el programa. No existen muchas razones que oponer a la atribución de la titularidad originaria del programa en favor de personas jurídicas, o del emitente de su elaboración o del empresario del programador asalariado. La habitual polémica que se suscita en Derechos de Autor en relación con la explotación ajena a la obra, carece de sentido.

Porque es la protección del Derecho Moral, entero y verdadero, con todas sus facultades irrenunciables e inalienables, puesto en juego, por tanto, en cualquier acto de explotación ajena de la obra, la que determina la descalificación y el repudio de un sistema transmisorio del derecho exclusivo de explotación que permita el apartamiento perpetuo del autor del control de su obra, ya en todas las modalidades de utilización económica de las que ésta sea susceptible, ya en algunas de ellas con transferencia de su poder discrecional de manera plena e incondicionada, es decir, sin posibilidad de resolución o revocación por falta de explotación de la obra por el adquirente.

No obstante se ha negado el reconocimiento en Francia del Derecho Moral al respecto de la obra.

Victor Siber nos ilustra nuevamente en su plática y nos hace latente algunas de las contradicciones existentes cuando se genera o protege un programa de cómputo al siguiente tenor:

Yendo ahora al Derecho de Autor, sostenemos con fuerza el uso de dicho régimen de propiedad intelectual para proteger la expresión en programas de computadoras.

Como muchas personas saben, en las etapas iniciales de la industria de las computadoras se desarrolló el software case exclusivamente por compañías de hardware para uso en sus propias máquinas. Virtualmente no existían compañías de software independientes que crearán software. La práctica común era comercializar este software como parte de la venta del hardware de la computadora, y a esta práctica se le conocía como bundling (empaquetado).

A fines de los años 60's, se formó un grupo "Task Force" dentro de la compañía de IBM para determinar si el desempaquetado era un curso de acción factible desde el punto de vista de los negocios. Una cuestión clave a ser respondida por el grupo era:

Si el software es comercializado como un producto separado, aparte de las computadoras, y si este podía ser protegido.

UNA DESVENTAJA CLAVE DE LA LEY DE PATENTES ES QUE NO PROTEGE EL PRODUCTO SOFTWARE POR SI MISMO. El copiado y la venta de un producto software no constituye una infracción directa de una patente. LA PATENTE CUBRE SOLAMENTE EL PROGRAMA DE SOFTWARE EN COMBINACION CON EL HARDWARE NECESARIO PARA REALIZAR UNA APLICACION.

Otra desventaja más es que hay un factor de retardo significativo para obtener una Patente.

Además la Patente obtenida estará limitada al país de aplicación y no tendrá alcance internacional. Para tener cobertura mundial se debe de presentar en una variedad de otros países, y el costo sería incalculable.

CABANELLAS EN SU PLATICA ANTES MENCIONADA EXPLICA QUE:

Entre las limitaciones que derivan de la protección del soporte lógico por el Derecho de Autor cabe mencionar las siguientes:

- No protegen ideas, sino la expresión de tales ideas³⁵. (El ser humano debe ser el preceptor de dichas ideas). Si bien es cierto que la amplitud de las normas que definen a las obras susceptibles de gozar de Derechos de Autor permite incluir a los soportes lógicos³⁶; Además existe incertidumbre respecto de la aplicabilidad de las reglas sobre Derechos de Autor y sus efectos sobre el soporte lógico.

- Una de las posibles definiciones del programa de computación es la expresión organizada o estructurada de un conjunto de instrucciones destinada a lograr que una computadora efectúe determinada función³⁷. Si se altera la expresión de ese conjunto de expresiones, pero se mantiene su función y sus resultados, se habrá logrado eludir

³⁵ Galán, Corona Eduardo, Op. Sit. p. 335.

³⁶ El Artículo 1 de la Ley 11. Incluye "Toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de producción."

³⁷ Correa- Batto- Czar de zaldueño- Nazar Espeche. Op. Sit. p.p.57 y siguientes.

la protección derivada del Derecho de Autor, pero preservando el contenido económico del soporte lógico y, lo que es más relevante, aprovechando el esfuerzo creativo de quien haya ideado el aspecto conceptual o el contenido lógico del programa en cuestión.

- Los programas de computación comprenden varias etapas. Siguiendo a Correa³⁸, quien a su vez de apoya en Bertrand,³⁹ cabe mencionar las siguientes:

- 1.- La idea para la solución de un problema;
a.- el algoritmo o método a seguir, generalmente expresado en fórmulas matemáticas;
- 2.- El organigrama o plan de solución ó tratamiento que parte del algoritmo;
- 3.- Un texto en lenguaje de programación evolucionando que retoma directamente los elementos del organigrama y se llama programa fuente o código fuente;
- 4.- Un texto en lenguaje intermedio, compilador o de ensamblaje, y
- 5.- Un texto directamente legible por el equipo, expresado en lenguaje binario, llamado programa objeto o código objeto.

³⁸Ibiem.

³⁹ Bertrand, Protection Juridique du Logicien, París, ed. 15, 1980, p.p 11 y siguientes.

En todos estos casos nos encontramos bien con meras ideas, que como tales no son protegibles por derechos de autor.

Pero aún sobre tales bases interpretativas, la jurisprudencia no ha dado solución precisa al tratamiento a darse a las conductas en las que no se efectúa ni la expresión, no la reproducción, ni la comercialización de programas de computación, sino simplemente su uso no autorizado.⁴⁰

Así por ejemplo, si fuera posible reproducir la obra "Cien años de Soledad", cambiando el nombre de la familia Buendía por el de la familia Buenasnoches, la protección efectiva de los intereses tutelados por los Derechos de Autor sería irrelevante. Es por ello que la jurisprudencia debe desarrollar un constante trabajo de determinación de los límites que rodean, protegiéndolas jurídicamente, a las obras que gozan de Derechos de Autor.

Un trabajo similar es necesario en relación con el soporte lógico, para que la protección del mismo sea efectiva.

Para que la protección del soporte lógico tenga sentido económico -y tal es su sentido esencial- debe proteger el esfuerzo creativo implícito en el desarrollo de tal soporte.

Los Derechos de Autor, en su sentido tradicional, no pueden aplicarse ni a la idea -pues el mismo algoritmo podría expresarse de otra manera sin violar los Derechos de Autor-, sólo a partir del programa fuente -en la línea de desarrollo del software- es posible acceder a la protección que emana de los Derechos de Autor.

El Régimen sobre Competencia Desleal tiene diversas limitaciones en la materia que nos ocupa. Sus normas protegen

⁴⁰ Galán, Corona Eduardo; Op. Cit., p.335.

al poseedor de soportes lógicos respecto de las conductas de competidores, no así respecto de actos que realicen quienes no lo son⁴¹.

La aplicación de reglas sobre competencia desleal dista de ser activa y de proteger adecuadamente el funcionamiento regular de los mercados⁴².

En los Estados Unidos, la protección específica se basa en el registro de la topografía y en su originalidad, otorgándose una protección con una duración de diez años. Correa⁴³ describe los Derechos del Titular de tal registro de la siguiente forma: El propietario tiene como exclusividad el Derecho de: reproducir el trazado de máscaras por medios ópticos, electrónicos y otros; importar o distribuir los circuitos semiconductores a los cuales el trazado esté integrado; licenciar a terceros para realizar alguno de los actos mencionados. Una importante limitación a los Derechos exclusivos aceptada por la Ley, es la llamada Reverse engineering, o sea, un proceso de inversión del procedimiento o técnica derivada, con fines de análisis, enseñanza o evaluación de los conceptos y técnicas involucrados en el trazado. La persona que realice este proceso puede incorporar sus resultados en otro trazado original. Otra excepción a los Derechos exclusivos la constituye el Derecho a la primera venta, según el cual el adquirente de un circuito integrado puede usarlo y venderlo libremente, pero no puede reproducirlo sin la autorización del propietario. Por último,

⁴¹ Crim. Corr. Cap. 10/6/38, J.A., 63-69.

⁴² Goldschmidt, R., "La Teoría de la Competencia Desleal y la Justicia Preventiva," en "Hacienda Comercial y Competencia Desleal", Córdoba, 1950, p.42

⁴³ Correa-Batto- Czar de Zalduendo- Nazar Espeche. Op. Sit. p. 317

se prevee también el caso del adquirente de buena fé no comete infracción y sólo está obligado a pagar una retribución moderada al propietario, establecida de común acuerdo o por arbitraje y, a falta de acuerdo, por decisión judicial.

En el caso de los productos semiconductores, lo que se desea proteger no es la expresión literaria, musical o científica de una idea, sino su aplicación en el plano material. Esa aplicación esta fuera de la materia susceptible de ser protegida por derechos de autor, sobre los planos de una maquinaria otorga un derecho exclusivo respecto de la reproducción de esos planos, pero sobre la construcción de la maquinaria.

El alcance del Derecho de Autor es internacional. Es ejercible legalmente en la mayoría de los países a través de la Convención Universal de Derechos de Autor y la Convención de Berna. El punto clave es que este crecimiento y competición en la industria, se produjeron para un producto que está bajo riesgo sustancial porque puede ser copiado simplemente con pulsar el teclado de una máquina.

En resumen, en cuanto al primer argumento, un programa de computadora es literario en su naturaleza. Parafraseando un documento reciente sobre Derecho de Autor, el autor realiza cuidadosamente elecciones, usando palabras, símbolos, letras o números dentro del contexto de determinadas normas para expresar una idea.

Este es el mismo proceso usado por poetas, novelistas o científicos para crear sus escritos. El programa de computadora, como un diccionario o una guía de teléfonos o un mapa, tiene el propósito de ser usado en lugar de ser leído para disfrute.

El Derecho de Autor no proporciona al propietario nada igual al poder monopólico de la Patente. El Derecho de Autor no crea un monopolio sobre las ideas que están en el programa. Igualmente, el Derecho de Autor no crea un monopolio sobre la expresión original. El desarrollo independiente de la expresión misma puede ser realizado a voluntad.

C A P I T U L O I I I .

LEGISLACIÓN GENERADA A NIVEL DE PROTECCIÓN DEL SOFTWARE

Para Alberto Villalba⁴⁴ existen esfuerzos de la adecuación a la norma; y nos platica que para los Estados Unidos de América, país donde se desarrolló primero y con más intensidad el programa de computación, su inclusión en la Ley del Copyright de E.U.A., constituyó la resolución de un problema endógeno, a diferencia de Filipinas, que fue el país que por primera vez incluyó al programa como una obra dentro de la Ley de Derecho de Autor de 1972.

En las primeras décadas de este siglo los inventos fueron comprados por Tabulation Machine Corporation que luego fue la IBM.

Se reivindicaban invenciones considerándolas procedimientos que permiten usos novedosos de las computadoras hasta que la Oficina de Patentes consideró que las secuencias lógicas de los programas constituían pasos mentales y que éstos no son patentables, ya que no se requería la existencia y combinación de medios que tuvieran un resultado industrial, a su vez los programas se independizaron de las máquinas y requirieron una protección independiente.

La posición de la administración de Patentes y la jurisprudencia estadounidense ponen de relieve que el área de las Patentes de invención no es el marco jurídico adecuado para proteger en forma preponderante a los programas.

El Convenio Europeo de Patentes de Munich de 1973 no consideró patentables a los programas.

⁴⁴ Villalba, Carlos Alberto. Conferencia. Op. Cit.

En España los tribunales no excluyeron por completo la protección por el sistema de Patente. El tribunal de Apelación de París resolvió que no se puede denegar la condición de patentable a un procedimiento por el sólo motivo de que una o más de sus etapas se realizan por medio de un ordenador que recibe instrucciones de un programa.

En el Reino Unido son patentables determinados aspectos de un programa de ordenador si la invención en que se basa el programa está incorporada en algún aparato o procedimiento de fabricación, International Business Machines Application (1980).

Para ser Patentable, la invención deberá aplicar el algoritmo en una estructura o un procedimiento que, considerado en conjunto, realice una de las funciones que se trata de proteger en la legislación sobre Patentes, como es la transformación de un artículo a un estado o en un objeto diferente, (Diamond contra Diehr 450 U.S. 175, (1981).

El tribunal del distrito de Osaka, concluyó que: el programa era una expresión creadora de una idea científica en un lenguaje particular, y, por consiguiente, puede considerarse una obra de autor.

Las obras literarias comprenden el modo de expresión que se vale no sólo de palabras sino también de números u otros símbolos o medios numéricos.

El tribunal de Alemania dice que no puede como tal acogerse a la protección conferida por el Derecho de Autor, por ser una instrucción dada al intelecto humano que es reemplazado por la máquina, es decir, una enseñanza que, como tal, no es susceptible de protección mediante Derecho de Autor. NO ESTOY DE ACUERDO.

La incorporación de un programa a la computadora equivalía a una fijación, para o cual debía comprometerse el Derecho de Reproducción que tiene el autor.

Un tribunal en Tokio señaló que el almacenamiento del programa en la memoria del ordenador era un acto de reproducción, acto que constituía una violación del Derecho de distribución del titular del Derecho de Autor.

El llamado LOOK AND FEEL es cuando una empresa utiliza comandos de teclado y pantalla iguales a los de otra empresa (la competencia). El convenio de París dice que todo acto de competencia desleal debe de obligar a todos los países a asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal. El convenio establece que en particular deberá prohibirse cualquier acto capaz de crear confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. No es dable utilizar la estructura de la competencia desleal para aplicar la protección que otorgan las Leyes de propiedad intelectual.

Se habían expresado dudas en el sentido de que cuando el esfuerzo intelectual no recae más que sobre los aspectos técnicos de una creación, ésta no es una obra del Derecho de Autor aunque posea una forma de expresión.

Para poner fin en las dudas, el Congreso estadounidense dictó una nueva Ley que protege a los programas incorporados a los semiconductores, la Semi Conductor Chip-Protection Act de 1984 y confiere un término de protección de 10 años contados a partir de un registro de su comercialización.

Elimina toda diferencia entre autor y titular del Derecho. El chip protegido requiere solo un mínimo de originalidad en el sentido de la Ley del Derecho de Autor,

cercano al concepto de novedad o de no oviiedad requerido por el Derecho de Patentes.

Así como la Ley de Derecho de Autor autoriza la inclusión de una advertencia (C) o (P) este régimen admite la inclusión del símbolo (M) o de las palabras Mask work y el nombre del titular.

Los Derechos exclusivos del titular tienen limitaciones precisas, a saber: la ingeniería inversa y la infracción no dolosa (o inocente) sin que le comprendan las restricciones del uso leal.

Una infracción inocente es la que realiza un comprador que compra un semiconductor en infracción con buena fé y sin que tenga la noticia o el símbolo de salvaguarda.

La ingeniería inversa permite a un tercero llegar por sus medios a la misma solución. La diferencia entre la piratería que es una acción prohibida y la ingeniería inversa que se encuentra permitida depende, del grado de originalidad del chip imitado que es analizado y copiado y también depende del grado de diferencia del segundo al del trabajo desplegado que debe ser intenso y de la inversión económica realizada que también debe ser importante.

La nueva Ley sólo protege la topografía o el aspecto visual de la disposición tridimensional del chip y no sus ideas subyacentes a los procedimientos, procesos, sistemas, métodos de operación, concepto, principio o descubrimiento.

La Ley requiere reciprocidad específica, es decir, que su autor sea nacional o residente del país que otorgue a las obras en los EEUU un Derecho equivalente.

La OMPI aprobó un tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto a los circuitos Integrados y establece el trato nacional, autorizando a subordinar la protección a la explotación.

Carlos Alberto Villalba⁴⁵, en su conferencia nos habla de UN PANORAMA INTERNACIONAL, y nos dice que la jurisprudencia, por su parte, ha considerado que el programa es un bien en materia jurídicamente tutelable y que dicha protección debe resolverse considerando al programa como una obra tanto en las legislaciones que la mencionan explícitamente como en las que la consideran incluida en las obras no mencionadas, pero que surgen de la naturaleza jurídica que se les asigna a tales creaciones.

La doctrina ha evolucionado en forma paralela reflejando una tendencia muy marcada a considerar al Derecho de Autor como el ámbito natural para la protección de este Instituto.

Entre los países que han dictado una norma específica encontramos a Alemania, Australia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Corea del Sur, Chile, China, etc.

En algunos países se han dictado normas administrativas reglamentarias, generalmente vinculadas al registro.

CONVENIO DE PARÍS

Este convenio fue firmado el 20 de Marzo de 1883 y actualmente es seguido por noventa países que constituyen la Unión Internacional para la Protección Industrial. Algunas de las disposiciones fundamentales de este Convenio son:

- 1.- Por lo que respecta a la protección de la propiedad industrial, cada Estado contratante deberá conceder a los integrantes de otros Estados no considerados como contratantes cuando ellos tengan su domicilio o posean establecimientos industriales comerciales efectivos y serios en un Estado contratante. Estas

⁴⁵ Ibidem.

disposiciones garantizan a los extranjeros no solamente su protección sino también el hecho de que no serán objeto de ninguna discriminación.

- 2.- El Convenio establece también un Derecho de prioridad, tanto por lo que respecta a las Patentes y certificados de invención como a las Marcas. Esto significa que, sobre la base de una primera solicitud de patente o primer registro de marca regularmente realizado en uno de los países contratantes, el solicitante podrá, durante un cierto período de tiempo seis a doce meses según el Derecho en cuestión), solicitar la protección en los otros Estados miembros; estas solicitudes posteriores serán consideradas como presentadas el mismo día que las primeras. En otros términos, las solicitudes posteriores tendrán prioridad sobre las primeras. Así un Estado que desee una protección en varios países no tiene que presentar varias solicitudes al mismo tiempo.
- 3.- Finalmente, el Convenio establece un gran principio de independencia de Derechos. La concesión de una patente en un país no obliga a los otros a conceder una patente. Las condiciones de depósito y registro de Marcas son igualmente determinadas en cada país de la Unión por su legislación nacional.

CONVENIO DE MUNICH

El Convenio de Munich no considera a los programas de computo invenciones, en su art.52 (2) dice: No son consideradas como invenciones... (c) Los planos, principios

y métodos de actividad intelectual en materia de juego o en las actividades ECONÓMICAS, ASÍ COMO LOS PROGRAMAS DE COMPUTO

CONVENIO DE BERNA

En el artículo dos define a los trabajos literarios y artísticos como toda producción de índole científica y artística, cualquiera que sea el modo o la forma de expresión. La gran variedad de los trabajos contemplados por este artículo parece permitir una aplicabilidad respecto a los programas y algunos de sus elementos como por ejemplo con los manuales.

Este Convenio contiene disposiciones interesantes al igual que discutibles respecto a una eventual reserva privativa de los programas por la vía Autoral.

EL CONVENIO DE GINEBRA

Es conocido como el Convenio Universal sobre Derechos de Autor.

En cuanto a los programas, este convenio, al igual que el de Berna, contiene un listado no exclusivo de los trabajos protegidos sin presentar ninguna restricción en cuanto a la finalidad de trabajo a proteger, su uso o su forma de expresión, por lo que es suficientemente amplio para permitir la eventual protección de los programas.

Cabe mencionar que para ciertos autores esta es la vía de protección más adecuada, al menos en los que respecta a los Derechos de Autor.

LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

La situación actual es aún incierta y poco conveniente a pesar de ser el primer y mayor productor mundial de programas de cómputo.

Los Estados Unidos parecen inclinarse actualmente hacia la aplicación de su Ley sobre Derechos de Autor.

La protección de los programas por la vía autoral es actualmente reconocida en los Estados Unidos según una enmienda de fines de 1980 a la Ley sobre Derechos de Autor del 19 de octubre de 1976.⁴⁶ Y modificó el artículo 101 abrogando así mismo el artículo 117, por el siguiente texto: El dueño de un programa no comete una violación de derechos creando otro "ejemplar" o realizando una adaptación necesaria para el uso del programa o para fines de archivo.

Cabe señalar que actualmente la Ley Norteamericana de Derechos de Autor no hace del fin o de la calidad de la obra condiciones para su protección,⁴⁷ es decir, que la obra del espíritu satisfactora de la doble exigencia de originalidad, se beneficia de la protección bajo los derechos de autor y por esta razón la jurisprudencia se ha pronunciado en favor de una protección de programas bajo esta forma.⁴⁸

⁴⁶ Enmienda del 12 de diciembre de 1980, publicado en el texto de RIDA, no.III, enero, 1982. p. 269.

⁴⁷ Reporte final de la "National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works " (CONTU), Library of Congress, Washington, 1979, p.p. 16 y 38.

⁴⁸ Tandy Corps. VS. Personal Computers Inc. Civ. Act. no. 81-0744, N.D. Ca. 1981, 214 U.S.P.Q., 178.
Apple Computer VS. Franklin Computer (E.D.Pa. 1982) F. supp., 812,215, U.S.P.Q., 13, 26 P.T.J.C. 423 y 438 (1983).

La Comisión de Expertos para la Protección de los Programas organizada por la OMPI en Ginebra 1983 habla de un tratado Sui Géneris no se justificaría a menos que el recurso actual a los Derechos de Autor o las Patentes fuera inadecuado.⁴⁹

Carlos A. Vittone llevó a cabo una conferencia en la ciudad de Argentina, Buenos Aires, sobre el Software, Microchips y Computadoras en Norteamérica, el año de 1989 y dice que en la última revisión general de la legislación sobre Derechos de Autor en los EEUU (Title 17, USC, Copyrights) fué aprobada el 19 de octubre de 1976. Una de las modificaciones más interesantes incluida en esta revisión general fué la introducida a la sección 301, que ahora establece que un autor tiene la protección del copyright a partir del momento en que la creación intelectual se incorpora a cualquier medio tangible de expresión.

En este sentido, el art. 102 estipula: La protección del Derecho de Autor registrará, de acuerdo con el presente título de la Ley, respecto de obras originales fijadas en cualquier medio tangible de expresión, conocido hoy o desarrollado en el futuro, que puedan ser percibidas, reproducidas o comunicadas de cualquier otra manera, sea directamente o con la ayuda de máquinas y otros procedimientos. Esta modificación implica que la publicación ya no es exigida como condición para la vigencia de la protección legal. Según algunos autores, una de las razones que motivaron este cambio radica en la intención de dar protección de copyright a las emisiones televisivas en vivo.

Una consecuencia remarcable de esta reforma es que abrió el camino para ulteriores modificaciones de la Ley de Copyright, por ejemplo en lo concerniente al software.

⁴⁹ CONTU, Op. Sit., p.p.1-15.

El Título 17 sufrió otra modificación el 12 de diciembre de 1980 en el sentido de incluir en su art. 101 la definición de un nuevo concepto incluido en el ámbito de protección del Derecho de Autor.

Un programa de ordenador es un conjunto de afirmaciones o instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un ordenador a fin de producir un determinado resultado. Esta creación intelectual tiene el mismo período de protección que las demás: vida del autor y cincuenta años posteriores.

También se modificó el artículo 117, a las copias del software o sus adaptaciones que sean un paso esencial en el uso del programa en una máquina determinada, y las copias tomadas para su archivo por parte del adquirente legítimo del software, siempre que en ningún caso tales copias o adaptaciones sean destinadas a la venta, alquiler o transferencia no autorizada.

En su circular R61 la Oficina exige el depósito del programa ordenador (software en una copia; Se exige como mínimo las primeras páginas del programa, reproducidas en forma que admita su percepción visual sin la ayuda de máquinas o procedimientos especiales, ya sea en papel o en microfilms, redactadas en código con definiciones previas. Cuando esto último no es posible, o no se desea depositar el código con definiciones previas, su registro procederá bajo la categoría de excepción, emergente de la regla aplicable en casos de duda (rule doubt. Si el programa se deposita con un manual del usuario o documentación similar, entonces se exigen dos copias de dicho manual junto con la única) copia de la parte identificatoria del programa.

Esta circular especifica que si el depósito consiste en fórmulas sólo legibles con el auxilio de máquinas o sistemas, también debe acompañarse con dichos elementos una parte del

programa suficientemente identificatoria y que sea legible, es decir, en texto.

Es de interés subrayar que no requiriendo la Oficina el texto completo en forma escrita y decodificada del programa constituye este caso una excepción al principio de que la protección legal de Derecho de Autor exige como contrapartida la publicación de la obra íntegra y su puesta a disposición del público en general. La razón de ser de esta excepción radica en el carácter mismo de este tipo de obra y en las dificultades para su divulgación y archivo.

El 8 de noviembre de 1984 entró en vigencia la norma que protege los chips semiconductores.

Una última norma vigente también desde 1984 se titula Ley de 1984 de ardid de acceso ilegítimo y fraude y abuso mediante computadoras Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act of 1984, constituye una modificación al Title 18 USC). Esta norma sanciona con multa y prisión al usuario de computadores que, mediante un acceso ilegítimo, obtenga información de carácter restringido previa definición en tal sentido por el Gobierno Federal, con la intención de usar dicha información ilícitamente. La protección también alcanza a información de propiedad de entidades financieras o de crédito.

CANADA

La legislación canadiense es similar a la de los Estados Unidos a excepción de la Ley sobre Secretos Comerciales, ninguna disposición excluye la patentabilidad de los programas pero según el artículo 28, inciso III de la Ley de Patentes de 1969 no puede otorgarse una patente a una invención con fines ilícitos, ni para simples principios científicos o concepciones teóricas.

Respecto a los Derechos de Autor en Canadá los programas de computación son considerados, de acuerdo con la reforma de la Ley de Copyright de junio de 1987, como obras literarias, siendo protegibles por la vida del creador, más 50 años después de su muerte.

Waldbaum⁵⁰ dice que los programas de cómputo no son patentables en sí, pero que los métodos de programación sí lo son; Schlumberger,⁵¹ dice que es nuevo el perfeccionamiento de diversos cálculos a efectuar y la fórmula matemática a aplicar.

EUROPA

FINLANDIA.

Fue reconocida la protección de programas. La figura más utilizada fue la competencia desleal.

DINAMARCA.

Los Derechos de Autor se aplican a la protección de los programas de cómputo.

NORUEGA.

Su Ley de Patentes no es aplicable a la Protección de los Programas de Cómputo, pero para ciertos casos este país considera que el medio más apropiado es el recurso a la vía

⁵⁰ In Re Waldbaum, Patent Office Recor, January 18, 1972, 5 CPR- 2nd 162, 1972.

⁵¹ Schlumberger Canada Ltd. VS. El Comisionado de la Corte Federal de Aplicaciones de Patentes C56 C.P.R.- 2nd, 204, 1981 PIBD 1983, III, 7.
Vol. 13 p. 855.

del Secreto Comercial bajo una forma de protección contractual.

SUECIA.

Este país excluye de su legislación la patentabilidad de los programas. Sin embargo, existe la posibilidad de aplicar la Ley sobre Derechos de Autor. Suecia considera que es muy importante determinar a este respecto al menos una protección mínima.

Por otra parte, la única decisión judicial sueca a este respecto fue pronunciada por la Corte Suprema Administrativa el 2 de febrero de 1974 y rechazó la protección de los programas por la vía Patentaria por considerarlos simples procesos intelectuales.

GRAN BRETAÑA

Excluye la protección a menos que el programa se encuentre asimilado al equipo. Cabe recordar que el Reino Unido es signatario del Convenio de Munich. Por otra parte, el Reporte Whitford de marzo de 1977 ha sugerido una clarificación de la situación jurídica en vías de aplicar la legislación autoral en virtud de una tendencia general favorable hacia dicha Ley. Un nuevo tratado implicaría, según este país, el riesgo de un desvío en las posibilidades ofrecidas por la Ley de Derechos de Autor.

En cuanto a la jurisprudencia, en los años sesenta los tribunales ingleses tuvieron a bien, en reiteradas ocasiones, pronunciarse hacia la patentabilidad directa o indirecta de los programas. En este sentido, podemos decir que el resumen de directrices seguido por la oficina inglesa de patentes era

la siguiente:⁵²

- Una Patente no puede ser acordada a un programa como tal.
- Nada se opone, sin embargo, a la patentabilidad de nuevos métodos de programación, de computadoras para controlar los procesos de fabricación o los métodos de análisis empleando un programa nuevo.⁵³

Por otra parte, en el ámbito de los Derechos de Autor existe una decisión sobre los programas que negó la protección bajo esta forma⁵⁴ y otras dos que la concedieron bajo las consideraciones de código objetivo.

Recientemente se dió una reforma de fecha 16 de julio de 1985 vigente, a partir del 17 de septiembre de 1985 a la Ley de Copyright británica que sanciona penalmente la copia no autorizada, fabricación, importación y distribución de programas.

En dicha enmienda no se ha considerado necesario indicar la clase de obra que constituye el programa ni la duración del Derecho de Autor sobre los mismos, seguramente por entenderse suficientemente dilucidada la cuestión por la jurisprudencia precedente.

⁵² Slee and Harris Application (1969 RPC 194); Bedgers Co. Incs Application (1970) RPE 36 (1969 FSR 474 Patent Appeal Tribunal; Geveres application (1970) RPC 194 (1973) FSR 439; D.C. e IBM Corps. application (1980) FSR 564.

⁵³ Patent Application for Computer Programs, Office Journal (Patent) 81, 683, marzo 5, 1969.

⁵⁴ Systematica Ltd. VS. London Computer Center, High Court of Justice, Chancery Division, Nor.11, 1982 Fleet Str. Rep. 1983, p.313.

SUIZA.

La idea de la posible protección de los programas por la vía de la Competencia Desleal se la que predomina en forma reciente en este país.

Pero algunas investigaciones son realizadas a efecto de encontrar una reglamentación específica diferente de aquella de los Derechos de Autor.

Estudios realizados por el gobierno Suizo apuntarían a la creación de un sistema doble de protección del software. Para los programas que reúnan el requisito de originalidad se aplicará el Copyright. Para los programas que no alcancen dicho standard, la protección se concedería por un plazo menor al orden de diez años.

En cuanto a la jurisprudencia, existe una sólo decisión en materia de Patentes según la cual; las instrucciones que impliquen un procedimiento que permita llegar a un cierto resultado sin emplear directamente las fuerzas naturales no pertenecen a la tecnología, no siendo por tanto, invenciones Patentables.⁵⁵

AUSTRIA.

Este país ha declarado en primera instancia que la solución a seguir radica en los Derechos de Autor; entre tanto, los partidarios de un tratado específico han ganado terreno. La posición austriaca se ha detenido por el momento.

En cuanto a la jurisprudencia, la única decisión austriaca respecto a la patentabilidad de los programas data

⁵⁵ Canquilha, Scwizerisches Bundesgericht Suprema Corte Federal, 12 de diciembre de 1974, 5 II C, 1974. Doc. OMPI, LPCS/II6, p.4.

de 1970, antes de la modificación de la Ley de Patentes y su adaptación a los principios del Convenio de Munich . Según ésta: Los programas de cómputo no son patentables, pues la actividad creadora necesaria a la formulación de un programa o a un algoritmo pertenece al dominio de las matemáticas o de las creaciones intelectuales y no al dominio técnico.

Los Programas de Cómputo que consisten en una serie de instrucciones tendientes a resolver un problema constituyen un objeto Patentable. Los métodos de programación consisten en plasmar o escrito, bajo una forma u otra, un programa sin poder ser Patentables. El registro tangible de un programa bajo una forma material puede constituir un objeto patentable si podemos distinguirlo del producto anterior gracias a elementos otros que el texto registrado de instrucciones. Finalmente, un computador programado puede también constituir un objeto patentable si el material correspondiente presenta diferencias con respecto al estado de la técnica o ha sido ha sido efectivamente por el programa.

La legislación sobre Derechos de Autor no puede proteger más que el programa final y no la idea subyacente.⁵⁶

El Derecho de Autor permite una protección a los planteamientos originales como a los subprogramas.

HOLANDA.

La Ley Holandesa de Patentes de 1970 descarta la patentabilidad de los programas, Este país señala, por tanto, que es necesario remitirse lo más posible a los convenios existentes a fin de asegurar la protección de los programas. En relación a la difusión de un cuestionario de la OMPI los productores de programas en Holanda no mostraron interés, la legislación sobre Derechos de Autor parece constituir la base

⁵⁶ Ibidem.

más apropiada para la protección de programas. Una tendencia Sui- Géneris podría añadirse en caso de que los Derechos de Autor resultaran insuficientes.⁵⁷

En cuanto a la jurisprudencia en Holanda, existen dos decisiones judiciales que han negado la patentabilidad considerando a los programas de cómputo como procedimientos intelectuales,⁵⁸ y otra más ventilada por la vía de los Derechos de Autor que concedió la protección bajo la forma de código objeto.⁵⁹

BELGICA

La Ley de Patentes de 24 de mayo de 1954 en su artículo I, por su misma generalidad, permite la protección bajo esta forma; sin embargo, no hay que omitir que este país es signatario del Convenio de Munich y por tanto debe someterse a la disposición relativa a la no patentabilidad de los programas. Por cuanto toca a los Derechos de Autor, no existen disposiciones legislativas o de jurisprudencia aplicables al caso.

FRANCIA.

Este es uno de los países más interesados en la resolución del problema en virtud de su alto nivel de informatización. Son varios los métodos que se han utilizado para proteger los programas entre ellos tenemos a los

⁵⁷ Doc. OMPI, Op. Sit., p.3.

⁵⁸ Decisiones dictadas en la Sala de Apelaciones de Octroolrad el 21 de noviembre de 1969 y el 16 de diciembre de 1970, 211 C308 (1971).

⁵⁹ Vector Internacional, Microsoft Inc. y otros VS. Biase Computer Systems, 1982, Vol. 14, p.p. 923-957.

contractuales y a los extracontractuales.

Por lo que toca a los primeros, se manifiestan a través de contratos tales como los de licencia de uso de programas o los Contratos de persona destinados a asegurar la protección en el marco interno de las empresas. Extracontractualmente se han usado figuras derivadas del Derecho Penal, como es el caso de los Secretos de Fábrica, Secretos Profesionales, corrupción de empleados, Robo y Abuso de Confianza.

Así mismo figuras derivadas del Derecho Civil como la Competencia Desleal y el enriquecimiento ilegítimo. Todas estas formas aún siendo de frecuente uso por momentos, no han podido constituir definitivamente la pretendida solución, por lo que se ha recurrido a formas de reserva privativa derivadas de la propiedad industrial y la propiedad literaria y artística.

En cuanto a las primeras tenemos el Derecho de Marcas mediante la aplicación de la Ley de la materia del 31 de diciembre de 1964, caracterizada por su limitado alcance en razón de que sólo se refiere a los signos externos que aseguran la individualización del producto. A este respecto existe una resolución judicial interesante.

Por otra parte la Ley de Patentes del 13 de julio de 1978 en su artículo 6, fracción III, excluye específicamente a los programas de cómputo de su ámbito de protección; cabe mencionar que son dos las decisiones judiciales al respecto, caracterizadas ambas por los criterios ciertamente favorables a la protección bajo esta forma.

Finalmente, por lo que corresponde a la propiedad literaria y artística, la legislación francesa ha sido insuficiente frente a la magnitud del problema, por lo que se ha recurrido a los Derechos de Autor y su Ley respectiva del 3 de julio de 1985 de cuya posible aplicación se vienen expresando cada vez más opiniones favorables tanto a nivel

doctrinario como de jurisprudencia.

La Ley menciona a los programas como soportes lógicos para la computadora, concediendo una protección de 25 años desde la creación y prohibiendo la obtención de copias del programa salvo para respaldo.

En cuanto al uso del programa, está prohibida la utilización salvo contrato. Así mismo, se prevén medidas precautorias de gran urgencia y severidad para embargar productos, materiales y equipos en casos de reproducción ilícita. La obra pertenece al empleador salvo convenio en contrario. Por otro lado, en obras de software, el autor no puede oponerse a la adaptación de la obra licenciada ni tiene Derechos de arrepentimiento o retracción.

Finalmente bajo reserva de las convenciones internacionales los extranjeros gozan en Francia de la protección de la ley, siempre que en sus respectivos países se proteja el software producido en Francia o de su autor francés.

Lo cierto es que a pesar del recurso a las instituciones jurídicas anteriormente enunciadas, existe en Francia, y en opinión de las personas e instituciones más interesadas en el problema, un sentimiento de insuficiencia de origen jurídico de dichas formas, por lo que el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial ha iniciado, en fecha reciente, un proyecto para la creación de un régimen de protección aplicable en principio se integraría por los elementos más valiosos de todas estas figuras y que constituya en última instancia una solución eficaz al problema.

ITALIA.

Este país ha hecho resaltar que los Convenios existentes no aseguran de manera clara la protección de los programas. A nivel nacional, la tendencia es a buscar una protección en

el cuadro de la legislación sobre Derechos de Autor; de esta forma podría ser apropiado integrar un protocolo adicional al Convenio de Berna si nuevas disposiciones se convirtieran necesarias.⁶⁰

Cabe hacer notar que Italia en un momento dado propuso que el problema fuera contemplado bajo el criterio del Convenio de Roma del 26 de octubre de 1961 sobre la protección internacional de actores de radiodifusión, pero la verdad es que no existen puntos de afinidad con el problema en cuestión. Por otra parte, este País es signatario de Convenio de Munich, por lo que su legislación sobre patentes niega la protección de los programas.

ESPAÑA.

La Ley 22 del 11 de septiembre de 1987 en materia de propiedad intelectual incorporó expresamente los programas de computación entre las obras protegibles por el Derecho de Autor.

La tutela se extiende por un plazo de cincuenta años, contados desde la fecha de la publicación o creación del programa. El titular del programa no puede, salvo pacto en contrario, oponerse a que el usuario interesado realice o autorice la realización de versiones sucesivas o programas derivados. La reproducción de programa como copia de seguridad no requiere autorización del titular. La ley aborda también la debatida cuestión de la introducción de un programa en la memoria de una computadora.

Considera que ella no constituye reproducción cuando se efectúa a los sólo efectos de su titular del derecho de explotación cuando así se hubiere pactado. (artículo 99 inciso 3).

⁶⁰ Doc. OMPI, LPCS/I/1-4, Op. Sit.

Antonio Delgado Porras⁶¹ nos comenta en su conferencia que: En lo que refiere a las legislaciones inspiradas en la concepción jurídica franco-germánica, se llega así a una protección integral del autor, de sus intereses personales y, patrimoniales.

Lo que se trata es de salvaguardar un activo de gran valor para los explotadores de programas y para los usuarios.

Así pues los creadores de programas quedan en un segundo plano, hay en consecuencia, un proceso a la inversa: no se protegen los programas para proteger a su creador, sino para éste viene a resultar protegido por la protección del programa, perseguida por sí misma en atención fundamentalmente a su contribución al desarrollo tecnológico y a su valor económico.

PORTUGAL.

El problema no ha sido bien especificado por el momento. Las disposiciones sobre Patentes y Derechos de Autor no parecen aplicables. Pero este país reconoce la importancia de una tal protección, por lo que se contempla la posibilidad de adhesión a un tratado internacional sobre el particular.⁶² Plazo de protección de 50 años post mortem autor.

Respecto a las copias, prescribe la prohibición de obtener copias del programa, salvo para respaldo.

Asia

JAPON.

Señala al software como obras de programación, excluyendo de la protección a los lenguajes de programación

⁶¹ Delgado, Porras Antonio. Conferencia. Op. Sit.

⁶² Doc.OMPI, LPCS/1/4; Op. Sit.

y a los procesos y algoritmos usados para producir programas. El plazo general de protección es de 50 años post mortem para autores individuales y 50 años contados desde la creación o divulgación para personas morales.

Respecto a las copias, se facultan aquellas para posibilitar el uso en un computador determinado por parte del legítimo tenedor de un ejemplar. Al dejar de ser legítimo tenedor del original se pierde el título a la tenencia de las copias.

El uso del programa es sólo legítimo para quienes están habilitados por un contrato o la tenencia legítima de un ejemplar.

COREA DEL SUR.

En la Ley reciente de este país en materia de protección de los programas de computación se señala entre otras cosas un período de protección de 50 años desde la creación; el creador del programa tiene el Derecho de hacerlo público, de preservar su integridad, de adaptarlo, reproducirlo, de cederlo y licenciar su uso. El usuario puede hacer copias de salvaguardia. Las medidas previsorias para protegerse contra infracciones incluyen la suspensión, la indemnización de daños y acciones penales.

ISRAEL.

El Ministro de Justicia Israelí, elaboró en 1987 un proyecto de Computer Act que aborda una variedad de temas del Derecho de la Informática. En cuanto a la protección del software, el proyecto sigue las cláusulas tipo de la OMPI y propone el establecimiento de un régimen Sui generis, con una duración de 15 años.

PAÍSES DE ECONOMÍA SOCIALISTA.BULGARIA

El hecho de que Bulgaria es un único país en el mundo de haber adoptado una legislación específica sobre el particular. Dice que los programas de cómputo no son patentables a falta de un carácter técnico palpable.

Los objetivos del régimen jurídico emanado del acuerdo de 1979 son los siguientes:

- Estimular la actividad creadora y recompensar a los creadores reconociéndoles ciertos derechos en función de la utilización de sus obras. Estos serán incitados a producir programas susceptibles de ser solicitados por varios usuarios.

- Estimular a los realizadores atribuyéndoles ciertos Derechos sobre sus programas.

Por cuanto concierne al procedimiento, en una primera etapa, el realizador y el interesado se dirigen a la BCPP, uno para inscribir su programa o saber qué programas específicos son solicitados a presente, y el otro para depositar su solicitud de programas o saber si existen programas adaptables a sus necesidades.

Un segunda etapa, se establece una relación contractual derivada del derecho civil. Según el sistema jurídico búlgaro, el Derecho Comercial y de la propiedad intelectual son ramas del Derecho Civil.

La protección parece revestir un carácter contractual, pero ella consiste de hecho en una prohibición de utilización gratuita del programa ajeno precisando los límites en los

cuales el poseedor legitimo tiene el Derecho de utilizarlo en virtud de un precio a pagar. Aquí las vías indirectas reclamables por ese precio legal a recibir son acciones en daños e intereses; sin embargo, en caso de no ejecución las sanciones serían más bien de carácter administrativo.

HUNGRÍA

Este país ha manifestado en forma reciente una verdadera incertidumbre al momento de responder el cuestionario de la OMPI sobre la protección de los programas en razón de las repuestas divergentes externas por las administraciones húngaras.⁶³

Diferentes puntos de vista han sido expuestos donde resalta fundamentalmente la idea de una inadaptación de las Leyes húngaras frente al problema. Parece sin embargo que el Régimen Autoral es aplicable, lo cual es manifiesto por el hecho de que la única decisión judicial en este país al respecto fue ventilada bajo las consideraciones del Derecho Autoral.⁶⁴

Al respecto tenemos una reforma de fecha 12 de julio de 1983 a la Ley Autoral Húngara, reconociendo a los programas como soportes lógicos para ordenador, también descritos como programa de ordenador y la documentación correspondiente. La duración de la protección es de 50 años post mortem autor.

La obra pertenece al empleador previéndose un porcentaje en el que el empleado comparte el resultado económico.

Cabe expresar que el Derecho de Autores individuales por el uso de sus programas se cobra a través del ente autorial oficial.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Tribunal Municipal de Budapest, decisión no. 25, p.27, 228/1972/21, en Derecho de Autor, 1978, p.486.

POLONIA.

En este país excluye en términos expresos la patentabilidad de los programas de cómputo en el artículo 2 fracción V de su Ley Nacional de Patentes y Marcas del 19 de octubre de 1972.

Por otra parte, en la Ley Polaca sobre Derechos de Autor no encontramos ninguna disposición alusiva, además de no haberse pronunciado hasta el momento ninguna decisión judicial al respecto.

Sin embargo, cabe decir que Polonia tiene muy bien estructuradas las responsabilidades contractual y delictual en el Código Civil, lo que permite un mayor grado de protección. En este país hay una Ley de Competencia Desleal pero que no se aplica desde la terminación de la guerra. Por otro lado, en 1974 se aprobó en este país un reglamento de contrato de trabajo de investigación, entre sus disposiciones incluye la prohibición al investigador de revelar a terceros el resultado de sus investigaciones.

REPUBLICA DEMOCRÁTICA ALEMANA.

Su Ley de Patentes de 1984 excluye específicamente a los programas de cómputo como objeto de patentamiento.

Por otra parte, la protección por vía autoral fue desechada mediante un fallo en 1979 por el tribunal del distrito de Leipzig, aduciéndose que el análisis de problema y las soluciones posibles referidas a las técnicas de programación no permiten reconocer en los programas un carácter de obra científica, ya que los elementos de creación individual no están presentes.

La Protección Contractual puede establecerse para evitar la divulgación del software a terceros, pero se sujeta la validez en las cláusulas contractuales al interés de la

economía nacional.

REPUBLICA POPULAR CHINA.

No tiene Ley de Derecho de Autor, y en consecuencia no es miembro de las convenciones de Berna y Universal de Ginebra. La apertura de China al comercio internacional permite pensar que alguna novedad puede producirse en este campo. Por ejemplo, se ha reglamentado el registro de obras de audio y de video que habilitan a quien registra a impedir a otros que las reproduzcan.

PAISES EN VIAS DE DESARROLLO.

Los países en desarrollo tienen un papel marginal en la producción y comercialización de software en el mundo. Ello se vincula, con el hecho de que según se estima la capacidad de cómputo instalada en aquellos países alcanza a apenas el 4% del total mundial; salvo casos como los de Brasil y la India, además, la casi totalidad del equipo utilizado es originario en los países industrializados.

Por otra parte el rápido desarrollo de una industria de paquetes de software en los países desarrollados, los precios competitivos ofrecidos y la amplia diversificación de productos, están favoreciendo la importación de paquetes en los países en desarrollo.

En algunos países en desarrollo las compañías de software locales están surgiendo y proporcionando software de aplicación, principalmente a la medida del cliente.

PANORAMA JURIDICO.

Los programas en los países en vías de desarrollo por el momento están muy limitados.

Lo cierto es que, de acuerdo con la situación presente, la regla en estos países es la no protección legal de los programas.

Esta ausencia de protección legal ha conducido a la adopción de políticas tales como la elaboración de registros tecnológicos de contratos fundamentados en los llamados acuerdos, caracterizados por la presencia de elementos tales como los Derechos de uso luego de la expiración, los límites de uso, el nivel de pago y otros más que constituyen caracteres contractuales de base.

Desgraciadamente la mayoría de estos acuerdos contienen cláusulas generalmente desfavorables para el usuario con restricciones y lagunas que provocan resultados diferentes que los negociados y por tanto esperados, lo cual acentúa el fenómeno de dependencia tecnológica y sus consiguientes repercusiones económicas en detrimento de este tipo de países, cuantitativamente numerosos y cualitativamente ingenuos.

Los principales titulares de los monopolios que ofrecen las Patentes son las comúnmente conocidas sociedades transnacionales.

FILIPINAS.

En el Derecho de Autor cabe señalar que aún no se señala nada sobre el alcance de la protección de programas de computación. La cesión y licencia de los Derechos de Autor se debe hacer por escrito ante notario. Cabe señalar que según la Ley de transferencia de tecnología se requiere aprobar, bajo pena de multas, los contratos de importación de tecnología.

INDIA.

Reconoce a los programas como obras literarias con una protección de cincuenta años post mortem autor y con disposiciones penales que sancionan todo tipo de comercio o aprovechamiento de soportes ilegítimos de programas inclusive cuando se destinan al uso privado.

TAIWAN.

Fijó un plazo de protección abreviado para el software. Establece un plazo de protección para los programas de treinta años contados desde la fecha de publicación para las traducciones orales o escritas, las obras cinematográficas, las grabaciones sonoras y de video, las fotografías y los programas de computación.

MALASIA.

Considera a los programas de computación como obras literarias y el Derecho del usuario autorizado a efectuar una reproducción para ser usada en reemplazo del original.

SINGAPUR.

Reconoce a los programas como obras literarias .

INDONESIA.

En el año de 1987, este país reformó su Ley Autoral incorporando a los programas entre sus obras literarias.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

AMERICA .BRASIL.

Declaró la aplicación de programas de computación del Régimen de Propiedad Intelectual establecido por la Ley 5988 de 1973.

Contempla un período de protección de veinticinco años contados en el Brasil desde el lanzamiento en cualquier país del programa.

El Registro de los programas no es condición para su protección, mas sí para su comercialización.

A los fines del registro de los programas no se requiere el depósito del programa fuente, sino sólo de los segmentos del programa y otros datos que se consideren suficientes para caracterizar la creación independiente y la identidad del programa.

Tampoco infringe el programa que presente semejanza con otro cuando ella deriva de las características funcionales de su aplicación, de la observación de los programas de computación.

Respecto a la comercialización de los programas la ley tiene diversos dispositivos:

- Obligatoriedad del registro ante la Secretaría Especial de Informática para comercialización del programa en Brasil, y a fin de efectuar pagos al exterior, deducciones fiscales, etc.
- Clasificación del software según su origen.
- En el caso de programas de empresas no nacionales, el registro está condicionado a que no exista un programa similar, desarrollado en el país por una

empresa nacional y funcionalmente equivalente a aquél. Este artículo materializa el concepto de reserva de mercado para el área de software.

- El registro sólo será concedido, a empresas no nacionales respecto de programas que se apliquen a equipos producidos en el país o en el exterior, y que sean comercializados en Brasil por empresas de la misma categoría.
- Sólo podrán comercializar programas de cómputo en Brasil por empresas nacionales que celebren los contratos respectivos con los proveedores extranjeros.
- Las empresas no nacionales no podrán girar al exterior remuneraciones por concreto de software, sino en la forma de dividendos.

ARGENTINA.

No hay hasta la fecha decisiones de jurisprudencia sobre el particular.

COLOMBIA.

La protección puede lograrse en Colombia por medio de las estipulaciones contractuales y las normas aplicables a los Secretos Industriales.⁶⁵

⁶⁵ Correa-Batto-Cazar de Zalduendo-Nazar Espeche, Op.Sit., p.456.

CHILE.

Disposiciones de tipo administrativo parecen indicar que los programas de cómputo son susceptibles de protección por la vía autoral. Un anteproyecto de ley en la misma dirección está en preparación por parte de las autoridades informáticas de este país. En el caso de programas pertenecientes a personas morales, la protección se extendería sólo por treinta años.

C A P I T U L O I V

SITUACION EN MEXICO.

ASPECTOS TECNICOS Y ECONOMICOS.

Ningún país que no sea productor de tecnología informática tiene la capacidad de aprovechar cabalmente el desarrollo de la misma.

El método más adecuado para enfrentar este problema que propone la industria de software evolucione siguiendo dos caminos aparentemente contradictorios, pero en realidad complementarios: El primero es la especialización en productos de los cuales la pequeña escala define la actividad industrial, y el segundo camino implica aceptar el reto de producción de alta escala. Pero hay que saber la importancia del software y sus características:

- El alto valor de ingeniería en los equipos y sistemas hace necesario tomarlo en cuenta como factor central para medir la integración nacional de los mismos.

- Las decisiones a este respecto no pueden tomarse con base en señales de mercado de corto plazo. Los precios internacionales.
Por lo anterior, es necesario difundir las ventajas de la nueva tecnología en todos los sectores usuarios, y a la vez, destacar y promover la conveniencia de su oferta local para asegurar la permanencia de empresas capaces de asesorar al usuario en las aplicaciones apropiadas, lograr la

plena utilización de las potencialidades de las mismas y reducir el costo de uso, subutilización cuantitativa, mal aprovechamiento cualitativo y alto costo de uso.

CARACTERISTICAS BASICAS ACTUALES DE LAS INDUSTRIAS DE
PROGRAMACION NACIONAL.

Requerimiento.- Son de dos tipos: aquellos que van surgiendo como producto del crecimiento natural de las empresas cuya transición de la mecanización hacia la automatización es actualmente adecuada, y aquellos que son necesarios para elevar la productividad de las empresas con un nivel bajo, y por lo tanto corren el peligro de ser desplazadas por las que sí las tienen.

Comercialización.- Consiste en conocer mejor el ámbito nacional qué tipo de aplicaciones pueden ser útiles en los distintos sectores de nuestra economía.

Fiscal.- Son totalmente insuficientes.

Legal.- No se cuenta con una legislación realmente efectiva.

POLÍTICA INFORMÁTICA NACIONAL EN MATERIA DE PROGRAMACION.

La importancia de este punto es crucial. Hay acciones gubernamentales a emprender dentro de la estrategia fundamental del desarrollo de una política informática nacional en materia de programación.

- I.- Establecer una estructura fiscal y arancelaria que esté de acuerdo con las necesidades de importar tecnología sin lesionar los intereses de la nación ni ahuyentar a los proveedores nacionales. A este respecto es conveniente decir que los programas de cómputo siguen siendo una interrogante para las autoridades fiscales aduanales, no sólo en México sino en la mayoría de los países. En ocasiones se les quiere tratar como equipo de cómputo y en otras como servicios de asesoría. La realidad es que no son ni el uno ni el otro, aunque se asemejan más a servicios de asesoría.

Partiendo de la base de que el país se beneficiará al importar tecnología avanzada, es importante no encarecer la adquisición de dicha tecnología con gravámenes de tipo fiscal o arancelario.

Por lo cual, y tomando en cuenta que la mayor parte de esta tecnología proviene de Estados Unidos, sería conveniente para México tomar la siguiente posición:

- Todo programa de cómputo importado, así como los elementos de apoyo a esa importación, como son cintas magnéticas que los contiene, instructivos de usuarios y de instalación, material educacional y promocional, deberán ser

libres de cualquier gravamen de importación.

Los pagos que se hagan a empresas proveedoras en el extranjero por concepto de la venta, licencia de uso o renta de los programas de cómputo en México deberán estar sujetos a una retención por concepto de impuestos sobre la renta ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Esta debe ser la única fuente de ingresos fiscales al gobierno por la importación, ya no encarece el producto, como sería el caso si hubiera un impuesto aduanal.

-Los incentivos fiscales abarcarán:

- ..Impuesto sobre la renta.
- ..Deducción de donativos a instituciones de investigación y desarrollo en esta rama.
- ..Registro de instituciones científicas dedicadas únicamente al software, para gozar de los beneficios;
- ..Beneficios arancelarios para la importación de paquetes educativos.

II.- La restricción paulatina de la importación de sistemas que hacen uso de tecnología obsoleta.

Que se restrinja paulatinamente la importación de sistemas de aplicación que no se apoyen en sistemas infraestructurales de tecnología avanzada. Esta restricción en la importación permitirá que empresas mexicanas penetren al mercado de sistemas

de aplicación con sistemas que si hagan uso de tecnología avanzada de manejo de datos.

III.- Legislación que proteja los derechos prioritarios sobre los programas de cómputo.

Este es un tema muy discutido a nivel mundial y aunque no se ha llegado a la legislación ideal en ningún país, es importante que México de los primeros pasos para establecer mecanismos legales que protejan la inversión de las empresas en este campo. Esto es imperativo antes de dar el primer paso en cualquier estrategia de desarrollo de la industria de programación.

IV.- Estímulos financieros a las empresas involucradas en el desarrollo y comercialización de programas de cómputo.

En México, las necesidades de financiamiento son evidentes, por lo cual es recomendable que se establezcan estímulos financieros para las empresas que operan en esta industria.

Los estímulos pueden ser de dos tipos: de exportación y de desarrollo.

Se deben de dar estímulos fiscales a personas físicas y morales, en pocas palabras, establecer los mecanismos fiscales que fomenten la disponibilidad de capital de riesgo para la industria.

Asignar fondos del estado a financiar las empresas dentro de lineamientos que reconozcan la naturaleza del riesgo implícito en cualquier industria naciente.

RECOMENDACIONES.

Es necesario exportar software a países del tercer mundo. México debe evitar incurrir en el mismo error que Brasil al tratar de desarrollar tecnología de equipo y programas de cómputo propios.

Un programa de fomento de esta naturaleza debe estar enfocado al desarrollo de ventajas competitivas que permitan a empresas mexicanas competir eficazmente en los mercados nacionales e internacionales, bajo un entorno jurídico adecuado. La clave radica en especificar que empresas mexicanas puedan posicionarse competitivamente en el mercado internacional, al mismo tiempo que satisfagan las necesidades nacionales eficazmente.

Por tanto, deben ser considerados aspectos tales como:

- Importación de tecnología extranjera avanzada.
- Enfoque hacia el mercado internacional.
- Desarrollo a través de empresas inicialmente pequeñas, cuyo éxito se sustenta en un surgimiento y desarrollo paralelo a las necesidades del mercado, en este caso muy sólidas.
- La captación y desarrollo de recursos humanos.

LEGISLACION SOBRE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.-

La Ley mexicana de Invenciones y Marcas del 10 de febrero de 1976 en su artículo 9 fracción II, excluye a los programas de computación como objetos susceptibles de ser considerados como invenciones.

La Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el uso y Explotación de Patentes y Marcas del 11 de enero del 78 señala en su artículo 2, inciso m, la necesidad de inscribir en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología todos los convenios, contratos y

demás actos que consten en documentos y que surtan efectos en el territorio nacional relativos a los programas de computación.

A su vez el reglamento de esta misma Ley, publicado en el Diario Oficial el 25 de noviembre de 1982, señala en torno a dicho registro en su artículo 20, que no se considerarán objeto de inscripción los programas de cómputo incapaces de habilitar la operación de sistemas electrónicos de cómputo cuya longitud de palabra interna de operación sea mayor de 8 bits y posean una capacidad de memoria central mayor de 48 kilobytes.

Posteriormente, el artículo 21 de este reglamento hace una conceptualización de rubros tales como sistemas operativos, programas monitores de teleproceso, etc.

El artículo 22 reitera la inscripción cuando se efectúe el acto jurídico en las siguientes modalidades: primera compra, compra de actualizaciones, compra de servicio de mantenimiento y arrendamiento.

Por su parte, el artículo 23 exceptúa de dicha inscripción a aquellos programas cuya única finalidad sea proporcionar diversión o recreo y los sistemas operativos incorporados de manera interna o integral a productos o sistemas electrónicos cuya finalidad principal no sea el manejo de información, tales como aparatos electrodomésticos, maquinas y herramientas similares.

A su vez, el artículo 25 menciona los requisitos a cubrir en el caso de compraventa o arrendamiento repetitivo de un mismo programa, sin que se altere su configuración o formato esencial.

Finalmente, los artículos 26 al 30 del mismo reglamento mencionan una serie de elementos en torno a la inscripción de actos, convenios o contratos sobre programas de computación, y tal vez vale la pena expresar que en el artículo 29 nos indica las personas físicas o morales intervienen en dicho

registro, en su calidad de proveedores, fabricantes, distribuidores usuarios.

La inscripción de programas de cómputo en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología revestiría entonces las siguientes características:

1.- EL registro de programas de computadora debe orientarse a:

- Regular la transferencia de tecnología contenida en programas de computadora de conformidad con la Ley en la materia.
- Servir como instrumento para proteger la programación de computadoras en México, tanto la desarrollada en el país como aquella importada por cualquier medio.

2.- Tal protección funcionaría en el sentido de:

- A) Identificar trabajos de programación terminados y en estado de explotación constituyendo un producto efectivamente ofertable en el mercado.
- B) Aceptación de términos y condiciones para la utilización de tales programas en el mercado mexicano en forma estandarizada, por ende conocida de oferente y demandantes y bajo condiciones de equidad en la transferencia.
- C) El conocimiento de lo que está registrado, a nivel descriptivo del algoritmo o solución empleada en el

desarrollo del programa y de las características fundamentales en cuanto al lenguaje de programación utilizado, computadoras en las que pueda ejecutarse el programa, etc, permitirá comparar de mejor manera los programas registrados, perfeccionar los criterios aplicables para el registro y al mismo tiempo podrá orientar el desarrollo nacional de programación.

D) La no divulgación por la oficina del registro del programa mismo será garantía para el propietario de que podrá comercializarlo en los términos y condiciones estándar aceptadas, y sentiría de esa manera protegida su inversión.

E) Tal seguridad en cuanto a filosofía y procedimientos debe permitir una captación importante de programación ya desarrollada en el extranjero sin temor de que ingrese a un ambiente en el cual se tiene licencias para uso de programas.

3.- El registro debe incluir en su operación la programación incorporada en circuitos electrónicos de reciente diseño y fabricación, microprocesadores, aunque la función de estos en el dispositivo en el cual se han incorporado no sea típicamente una función de proceso de datos sino de aplicaciones de microelectrónica a la industria, en

autómatas, instrumentos de medición, de entretenimiento y en general bienes de consumo de capital. Todo esto está causando un impacto profundo de carácter económico y social.

- 4.- La cantidad de programas ya desarrollados y por desarrollar implica que el registro no podría mantener, en términos de eficiencia, un registro puntual y con excesiva frecuencia de actualización de todas y cada una de las licencias de uso otorgadas, o la venta de cada uno de los bienes de consumo de capital en donde existe una aplicación de la microelectrónica con contenido de programación. Se piensa por lo tanto que sería más deseable establecer un registro inicial, en donde el contenido, algoritmo o solución del programa sea explícito, comparable y con suficientes referencias para una identificación positiva, una expectativa de mercado hecha por el comercializador de tal producto y que esta información sea actualizada por ejemplo anualmente, con cifras que permitan identificar número de dispositivos en los cuales ha sido incorporado el microprocesador o número de licencias otorgadas para uso de programación. La publicación de las descripciones y datos generales del programa registrado constituirá un valioso elemento de conocimiento de la tecnología que se está adquiriendo y permitirá una orientación precisa para el sector oferente del mercado en cuanto a la tecnología que se está adquiriendo y permitirá una orientación precisa para el sector oferente del mercado en cuanto a la tecnología todavía no disponible en el país, en forma tal que pueda ser desarrollada totalmente.

5.- En adición a los criterios establecidos por la ley para el registro deberán considerarse:

A) Los programas escritos en lenguajes de programación normalizados, aceptados en particular por la Organización Internacional de Normalización (ISO) o al menos los organismos nacionales de normatización del país del programa, tendrán preferencia en el registro, ya que permiten utilizar la tecnología que se incorpore al país o en mayor número de computadoras haciendo menos dependiente al usuario público o privado de una marca específica de máquinas.

B) Deberán precisarse los elementos que el registrante tendrá que suministrar a la oficina del registro para que éste proceda.

6.- El registro de programas de computadora permitirá también en breve plazo después del inicio de sus operaciones, estar en mejores condiciones de negociación para pedir a las empresas transnacionales que operan en México, incrementar los servicios de soporte, diseño, actualización y corrección de errores a la programación que ofrecen en el país, mejorando entonces uno de los problemas sensibles que se tienen actualmente.

ACLARANDO QUE:

Actualmente se realizaron reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, las cuales dice en sus artículos transitorios lo siguiente:

ARTICULO PRIMERO.- La presente Ley (Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial) entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

ARTICULO SEGUNDO.- Se abrogan:

I.- La Ley de Invenciones y Marcas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 1976, así como sus reformas y adiciones, pero se seguirá aplicando por lo que se refiere a los delitos cometidos durante su vigencia, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 56 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, y

II.- La Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el uso y Explotación de Patentes y Marcas y su Reglamento, publicados en el Diario Oficial de la Federación los días 11 de enero de 1982 y 9 de enero de 1990, respectivamente.

ARTICULO TERCERO.- Para los efectos del artículo 24, fracción XI, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, no se requerirá comprobar la inscripción en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología de los actos, contratados o convenios relativos a asistencia técnica, transferencia de tecnología o regalías.

ARTICULO CUARTO.- En tanto el Ejecutivo Federal expide el reglamento de la presente Ley, continuará en vigor, en lo que no se oponga a ésta, el Reglamento de la Ley de Inventiones y Marcas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1988.

ARTICULO QUINTO.- El Ejecutivo Federal expedirá el Decreto de creación del Instituto a que sea refiere el artículo 7º de este ordenamiento legal.

ARTICULO SEXTO.- Las Patentes y registros de dibujos y modelos industriales otorgados con fundamento en la Ley que se abroga, conservarán su vigencia concedida hasta su vencimiento pero quedarán sujetos a las disposiciones de esta Ley y su reglamento.

ARTICULO OCTAVO.- Los efectos de publicación de los nombres comerciales realizada antes de la fecha en que entre en vigor esta Ley, conservarán la vigencia determinada por

la y de Inventiones Marcas que se abroga, siendo aplicables las disposiciones de dicha Ley hasta el vencimiento de la vigencia que se les había concedido en el título correspondiente.

ARTICULO DECIMO.-

A las solicitudes de patente y las solicitudes de certificados de invención que se encuentren en trámite en la fecha en que esta Ley entre en vigor no les será aplicable lo relativo a la publicación de la solicitud prevista en el artículo 52 de esta y sólo deberá publicarse la patente en los términos del artículo 60.

Las solicitudes de certificados de invención que se encuentren en trámite se convertirán en solicitudes de patente.

Los solicitantes de las patentes y certificados de invención que se encuentren en trámite en la fecha en que inicie su vigencia esta y, deberá pedir por escrito a la Secretaría, dentro de los seis meses siguientes a esa fecha, que continúe el trámite, con base en dichas solicitudes, tendiente a obtener Patente correspondiente en los términos de esta Ley. Si los solicitantes no pidieran a la Secretaría dentro del plazo establecido la continuación del trámite, se considerarán abandonadas sus

respectivas solicitudes y se tendrán por concluidos los trámites correspondientes.

ARTICULO DECIMO PRIMERO.-

Las solicitudes en trámite de certificado de invención y las de patente relativas a procesos de los que se obtenga directamente un producto que no fuera patentable conforme a la Ley de Invenciones y Marcas que se abroga, pero si conforme a esta Ley, podrán convertirse en solicitudes de patente para dicho producto, conservando su fecha de presentación o de prioridad reconocida, sólo que cumplan con lo siguiente:

- I.- Que la conversión sea promovida por escrito ante la Secretaría por el solicitante del certificado de invención o de la patente o por sus causahabientes, dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que entre en vigor esta Ley;
- II.- Que el solicitante tenga patentado el producto o hubiese presentado una solicitud de patente para el mismo en algún país miembro del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes;
- III.- La publicación de estas solicitudes de patente en la Gaceta se hará en la fecha

más próxima posterior a los 18 meses siguientes a aquella en que se promueva la conversión, y

- IV.- Las Patentes que se otorguen en base a lo dispuesto en el precepto tendrán una vigencia de 20 años a partir de la fecha de presentación de la solicitud de certificado de invención o patente de proceso.

ARTICULO DECIMO

SEGUNDO.-

Las solicitudes de patente presentadas antes de la fecha en que esta Ley entre en vigor, en cualquiera de los países miembros del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, para invenciones comprendidas en las fracciones VIII a XI del artículo 10 de la Ley de Invenciones y Marcas que se abroga, mantendrán en México la fecha de prioridad de la primera solicitud presentada en cualquiera de dichos países, siempre que:

- I.- Se presente ante la Secretaría la solicitud para obtener una patente sobre las invenciones señaladas, por el primer solicitante de la patente en cualquiera de los países mencionados en el párrafo anterior o por su causahabiente, dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley.
- II.- El solicitante de la patente compruebe ante la Secretaría, en los términos y condiciones que prevenga el reglamento de esta Ley, haber presentado la solicitud de patente en

cualquiera de los países miembros, o haber obtenido la Patente respectiva, y

III.- La explotación de la invención o la importación a escala comercial del producto patentado u obtenido por el proceso patentado no se hubieran iniciado por cualquier persona en México con anterioridad a la presentación de la solicitud en este país.

La vigencia de las patentes que fueron otorgadas al amparo de este artículo terminará en la misma fecha en que lo haga en el país donde se hubiere presentado la primera solicitud, pero en ningún caso la vigencia excederá de 20 años, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de patente en México.

ARTICULO DECIMO TERCERO.-

Las declaraciones administrativas que se encuentren en trámite al entrar en vigor esta Ley continuarán substanciándose y se decidirán de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley de Invenciones y Marcas que se abroga.

ARTICULO DECIMO CUARTO.- Para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 175 de esta y, en el caso de la denominación de origen, se concederá un plazo de tres

años, contados a partir de la fecha en que esta Ley entre en vigor. La Secretaría publicará, dentro del término de tres meses a partir de esta misma fecha, las disposiciones y normas para garantizar la calidad del producto y las formas para su envase o embalaje, que con fundamento en esta y deberán cumplir de manera gradual y razonable, a lo largo del trienio de ajuste concedido en este artículo, los usuarios autorizados de la denominación de origen y las personas que distribuyan o vendan sus productos.

México D.F., a 25 de junio de 1991.

LEGISLACION SOBRE LA PROPIEDAD LITERARIA Y ARTISTICA.

Los aspectos más relevantes de nuestra legislación autoral los encontramos en un acuerdo (el No. 114) de fecha 8 de octubre de 1984; en dicho acuerdo se menciona la necesaria protección de este tipo de obras, dando el notable crecimiento de producción de las mismas, a la vez de resaltar sus notorias diferencias respecto a otro tipo de obras protegidas por el Derecho de Autor, tanto por lo que se refiere a su contenido como a los diversos soportes materiales en que se encuentran incorporados, por lo que se presume la buena fé del solicitante de la inscripción correspondiente.

El organismo encargado de vigilar el cumplimiento de dicho ordenamiento es la Dirección General del Derecho de Autor.

Para efectos de dicha inscripción, el solicitante deberá llenar forma correspondiente, pudiendo presentar, según su elección, las primeras y las últimas diez hojas que corresponden al programa fuente, al programa objeto o ambos. En todo caso, el solicitante deberá acompañar a la solicitud respectiva, una breve explicación del contenido del programa en cuestión.

Asimismo, el solicitante podrá presentar también los ejemplares del programa de computación, necesarios para el otorgamiento del registro, contenidos en cualquier tipo de soporte material. Cuando el solicitante exhiba soportes materiales diversos a su expresión impresa en papel, deberá acompañar a los mismos las primeras y las últimas diez hojas impresas del programa, las cuales se devolverán al interesado con las anotaciones correspondientes.

Sergio Ferragut⁶⁶ aporta lo siguiente de su conferencia titulada El Papel de la Protección Legal del Desarrollo de la Industria del Software en México, comenta que la industria de los programas de cómputo tiene su origen a fines de los años 60's. La industria recibió su impulso inicial en 1969 cuando las empresas fabricantes de computadoras anunciaron que el software básico requerido por sus fabricantes de computadoras ya no sería incluido dentro del precio de hardware.

Muchas empresas de software surgieron en el mundo industrializado en los años 60's y 70's. Estas empresas surgieron por un grupo de inversionistas que aportaron un capital inicial a cambio de la propiedad del 20 al 50% de las

⁶⁶ Ferragut, Sergio. Conferencia "El Papel de la Protección Legal del desarrollo de la Industria del Software en México". México, 1989.

acciones de la empresa que las fabricó.

Muchas empresas de software han surgido en los últimos quince años; hoy día nos encontramos con empresas que venden desde unos cuantos millones de dólares al año hasta empresas que venden miles de millones de dólares anuales.

La industria del software se fundamenta primordialmente en el intelecto humano, y requiere de poca inversión en activo fijó la mayor parte de estos activos se refieren a equipos de cómputo.

Esta situación peculiar de la industria del software hace sumamente atractivo el desarrollo de la misma en nuestro país, ya que al hacer uso de la capacidad intelectual de los mexicanos y requiriendo pocas inversiones en bienes de capital se nos presenta una oportunidad poco común en el ambiente industrial.

El software es un producto, sin embargo, la realidad es que el costo de producción del paquete físico de software es una fracción muy pequeña del costo total del producto. El costo principal de un producto de software como el resultado de una labor de técnicos especializados que desarrollan una serie de programas para satisfacer las necesidades concretas de un usuario, y nos inclinamos a pensar que el software es un servicio, ya que a través de esta mano de obra altamente calificada se está prestando un servicio especializado al usuario.

No debemos perder de vista que en ciertos renglones tecnológicos de la industria del software, México no esta en posición de competir con las empresas más avanzadas en la materia. La política de apertura tecnológica para el software deberá permitir a México adquirir, en condiciones favorables, la tecnología que necesita para apoyar a las industrias y servicios en nuestro país. Esto facilitará que nuestras

empresas industriales, comerciales y de servicios se desarrollen ágilmente y puedan competir en el mercado nacional y en los mercados internacionales. Las proyecciones de crecimiento a nivel mundial de la industria de software son las siguientes:

<u>AÑO</u>	<u>MILLONES DE DOLARES</u>
89	45,000
92	80,000
96 (proyección)	160,000

México hasta hace 8-10 años representaba el 0.5% mundial de software, en 1989 representó solamente el 0.3% del mercado mundial. Esto se puede atribuir a:

- La situación recesiva de la economía mexicana
- La piratería de software
- El bajo nivel de uso de la teleinformática en México.

Los obstáculos que nuestro país debe superar son:

- A) La piratería de software. Este renglón ha mermado a la industria de cerca de \$ 150 millones de dólares en los últimos 4-5 años y en la actualidad merma de aproximadamente \$50 millones de dólares anuales, principalmente en el renglón de software para microcomputadoras.

La solución requiere de:

- 1) Una legislación contundente que proteja los derechos de los legítimos propietarios del software mexicano.

- 2) Acciones judiciales por parte de las autoridades competentes contra los infractores.
- 3) Superar la falta de apoyos financieros congruentes con la naturaleza de la industria de software.

En conclusión, el desarrollo de una industria mexicana de software robusta depende en gran medida de acciones contundentes en el marco jurídico de protección a la industria y de los apoyos financieros congruentes con la naturaleza de la industria.

Para Sergio Ferragut⁶⁷ el Software funciona en tres categorías de equipo de cómputo que son macro, mini y microcomputadoras. En el presente análisis, hemos tomado en cuenta el grado de desarrollo de la industria informática en México, la cual se mantiene aproximadamente 10 a 15 años atrás de los países más avanzados.

En el capítulo anterior se dejó precisado y fundamentado que los programas de computación son obras protegidas por nuestra legislación autoral.

Ahora bien, aunque la propia ley de la materia nos inicia en su artículo 7a que las obras autorales gozan de protección aunque no estén registradas, es indiscutible, que el contar con el registro expedido por el Registro Público del Derecho de Autor, es una evidencia juris tantum de que:

- El titular del registro, es el legítimo propietario de la obra autoral correspondiente, salvo prueba en contrario.
- El titular del registro está legitimado para

⁶⁷ Ibidem.

ejercitar las acciones civiles y penales que la Ley le confiere, y así perseguir a los infractores con arreglo a la Ley.

Art. 130-- Quien solicite el registro de una obra entregará al encargado de registro tres ejemplares de la obra producida, editada o reproducida. Uno de los ejemplares será devuelto al interesado con las anotaciones procedentes.

Para el cumplimiento de la obligación prevista en este artículo, cuando trate de películas, se entregarán solamente los ejemplares del argumento, de la adaptación técnica y fotografías de las principales escenas. Cuando se trate de pinturas, esculturas y obras de carácter análogo, se presentarán copias fotográficas de ellas.

Como antes se expresó, el programa de cómputo se diseñó y plasma en papel, en lenguaje humano y luego debe traducirse a instrucciones para la computadora, lenguaje máquina y éstas últimas se graban en un medio magnético apropiado, como cintas magnéticas o diskettes y adicionalmente puede existir un manual o guía de instrucciones para que el usuario pueda utilizar el programa y trabajar con él en la computadora. Así pues, tenemos que, tratándose de programas de computación, tenemos los siguientes elementos materiales:

- El diseño estructural del programa y la descripción de sus funciones y especificaciones técnicas, que expresa a en lenguaje humano, las aplicaciones que realizará, conocido como código fuente.
- Las instrucciones para que la computadora realice y ejecute las funciones programa, que son traducidas en lenguaje máquina, conocido como código objeto.

- En su caso, el manual guía de instrucciones para el usuario.

LA PIRATERIA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTO

El copiar, utilizar, reproducir y comercializar copias de un programas de computación, con fines de lucro como se define en el segundo párrafo del artículo 75 de la Ley de la materia, sin contar con la autorización del titular del Derecho de Autor correspondiente, constituye un ilícito al que usualmente se le describe como un acto de piratería sancionando penalmente por la Ley y sin perjuicio de las demás acciones civiles y de la reparación del daño patrimonial.

La experiencia ha permitido clasificar los actos de piratería que afectan a los programas de computación, en las siguientes categorías, que pasaremos a definir de la siguiente manera:

- ESTUDIANTIL

- COMERCIAL

P I R A T E R I A

- CORPORATIVA

- INDUSTRIAL

PIRATERIA ESTUDIANTIL.-

Es la que usualmente realizan jóvenes estudiantes de las

carreras universitarias al copiar y traficar con programas de cómputo, que requieren utilizar con motivo de sus estudios universitarios.

Es la única que podemos considerar con responsabilidad atenuada.

PIRATERIA COMERCIAL.-

Es la que realizan normalmente vendedores al menudeo de microcomputadoras, al ofrecer regular a sus clientes programas de computación, con el objeto de asegurar la venta del equipo, engañando al cliente, a quien se le asegura además, que está recibiendo un fuerte descuento, equivalente al precio que tendría que pagar por el precio del o de los programas, que supuestamente se le están regalando.

PIRATERIA CORPORATIVA.-

Es la que realizan las empresas e instituciones que adquieren una copia legítima y luego sacan cientos o miles de copias ilegítimas no autorizadas para ser utilizadas en las computadoras de sus grandes centros de cómputo.

Estos piratas pretenden escudarse en el Derecho a la copia privada, pero olvidan que tal precepto hace referencia a la copia en singular y no autoriza el sacar cientos o miles de copias no autorizadas. También pretenden escudarse en que tal actividad de copiado y reproducción ilegal de programas de cómputo, no lo hacen con fines de lucro pues su intención al sacar esta multiplicidad de copias, no persigue comercializarlas en el mercado. Aquí también fallan estos piratas, pues al sacar estas copias multitudinarias, sí persiguen fines de lucro, en los términos definidos por el segundo párrafo del artículo 75 de la Ley de la materia que textualmente dispone:

PARA LOS EFECTOS DE ESTA LEY, SE ENTIENDE QUE HAY FINES DE LUCRO CUANDO QUIEN UTILIZA UNA OBRA PRETENDE OBTENER UN APROVECHAMIENTO ECONOMICO DIRECTA O INDIRECTAMENTE DE LA UTILIZACION.

Por lo tanto, al copiar, reproducir y utilizar una gran cantidad de copias no autorizadas, se está obteniendo indirectamente un lucro indebido, al ahorrarse el pago debido por cada copia al titular del derecho de autor del programa de cómputo de que se trate y por lo tanto, incurriendo en actos de piratería.

PIRATERIA INDUSTRIAL.-

En este caso, el copiado y reproducción ilegal es la escala industrial, en forma masiva.

EJEMPLOS:

Un fabricante de microcomputadoras, que produce y vende a escala industrial este tipo de computadoras, sin autorización del titular del Derecho de Autor, saca copias no autorizadas de un programa original, que se gravan en la memoria de cada una de las máquinas que fabrica y que después vende en el mercado, con la oferta de que en el precio de la máquina ya va incluido el costo del programa pirateado.

- Otro caso es el de la burda falsificación del programa. Aquí el pirata no sólo copia masivamente el programa, sino que inclusive reproduce su empaque y marcas, de suerte que al público consumidor se ofrece cómo su fuera un original que en realidad es una copia falsificada y que obviamente ofrece precios muy reducidos.

EL DAÑO DE LA PIRATERIA.-

Es en interés de la sociedad, que esas creaciones del intelecto humano sean conocidas y compartida la posibilidad de su existencia y utilización, en beneficio de la colectividad.

Interesa pues al Estado, promover el desarrollo de la actividad creativa de los autores, para enriquecer el acervo cultural y tecnológico de la nación.

Para fomentar lo anterior, el Estado otorga a los autores, un privilegio consistente en el monopolio de la explotación comercial exclusiva de sus obras, bien sea directamente o por conducto de terceros.

Así pues, se trata de premiar la creatividad y el talento humano, con objeto de estimular la producción de obras que vendrán a beneficiar a la sociedad. Hay un incentivo económico que motiva esa creatividad, no sólo para el autor, sino también para aquellos inversionistas que financian al autor, mientras este concibe y desarrolla su obra, o que financian su desarrollo comercialización, cuando el autor no tiene los recursos necesarios para ello. El premio está en el beneficio económico esperado, tras la explotación comercial de la obra.

Normalmente se calcula el beneficio económico esperado, en función del número de ejemplares (copias) de la obra, que se estima podrán ser vendidos en el mercado.

Pero cuando surge la piratería todo este esquema queda frustrado.

El pirata se aprovecha indebidamente y sin derecho alguno, de la propiedad y talento intelectual del autor, Lo priva de sus ganancias y expectativas económicas y perjudica

y lesiona a los inversionistas que apoyan financieramente al autor. Todo lo anterior frustra y destruye la motivación de crear y generar obras y producciones del talento humano y desmotiva al invertir y financiar estos desarrollos.

Cuando en la sociedad prevalece el criterio de que la piratería quede impune o que no existe un serio respeto a los Derechos de Propiedad Intelectual, se presenta el fenómeno de la desmotivación de la creación intelectual.

¿ Para que invertir talento y recursos en el desarrollo de un programa, si el mismo será pirateado después ?

Se estima que en México, de cada diez copias de un programa de cómputo original, circulan cinco copias piratas.

¿ Como podrá desarrollarse en México la creación de programas de computación, ante el pernicioso fenómeno de la piratería ?

Si no se sanciona la piratería, se verá cada día más el fenómeno del atraso intelectual y tecnológico, inhibiendo inclusive la capacidad exportadora de Programa de Cómputo desarrollados en el país, hacia los mercados internacionales.

Al mismo tiempo, la inseguridad jurídica producida por la PIRATERIA existente en el país, producirá la desconfianza de los extranjeros de traer sus programas a México, impidiendo que tengamos acceso y conocimiento de avances y tecnologías del extranjero.

Así pues, el delito de la PIRATERIA no debe verse como una conducta ilícita que afecta a un sólo individuo, sino como una actividad que perjudica a la sociedad entera.

EL DELITO DE PIRATERIA SOBRE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACION.-

Hemos dejado establecido que los Programas de Computación son obras intelectuales protegidas por nuestra legislación autoral y conforme a ella, el titular de los Derechos de Autor correspondientes, tiene el derecho exclusivo de utilizar y explotar comercialmente, por sí o por conducto de terceros, el Programa de Computación de que se trate. En consecuencia, cualquier acto No autorizado, por el que se copie, reproduzca, y utilice un Programa de Computación constituye un acto ilegal de acuerdo a las diversas modalidades de actos de PIRATERIA, a que nos referimos anteriormente.

La Ley Autoral Mexicana, otorga al titular del Derecho de Autor, un Derecho de explotación patrimonial exclusivo, el cual puede oponerse , y por lo tanto todos estamos obligados a respetar y no a violentar el Derecho de Propiedad Intelectual correspondiente.

Nuestra Ley en la materia, estableció diversas figuras delictivas entorno a los delitos conocidos como de PIRATERIA y PLAGIO.

LOS DELITOS DE PIRATERIA EN LA LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR.- En México

Los delitos de la materia se encuentran consignados en la propia Ley Autoral y al caso que nos compete, son las figuras previstas por la Fracción III del Artículo 135, la Fracción I del Artículo 136 y lo dispuesto por el Artículo 139 de dicha legislación.

DELITO EN ESPECIFICO

ARTICULO 135.- SE IMPONDRÁ PRISION DE TREINTA DIAS A SEIS AÑOS Y MULTA DE CIEN PESOS A DIEZ MIL EN LOS CASOS SIGUIENTES:

- I.- AL QUE SIN CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL DERECHO DE AUTOR EXPLOTE CON FINES DE LUCRO UNA OBRA PROTEGIDA;
- II.- Al editor, productor o grabador que edite, produzca o grave para ser publicada una obra protegida, y al que explote o utilice con fines de lucro, sin consentimiento del autor o del titular del derecho patrimonial;
- III.- Al editor, productor o grabador que produzca mayor número de ejemplares que los autorizados por el autor sus causahabientes, o cualquier persona que, sin autorización de éste o éstos, reproduzca con fines de lucro PROGRAMA DE COMPUTACION;
- IV.- Al que sin las licencias previstas como obligatorias en esta Ley, a falta del consentimiento del titular del Derecho de Autor, grave, explote o utilicen con fines de lucro una obra protegida;
- V.- Al que sin Derecho use el título o cabeza de un periódico, revista, noticiero cinematográfico, programas de radio o televisión, y en general de cualquier publicación o difusión periodística protegida;
- VII.- Al que especule con libros de texto respecto de los cuales se haya declarado la limitación del derecho de autor, ya sea ocultándolos, acaparándolos o expidiéndolos a precios superiores al autorizado, y
- VIII.- Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuitos que distribuye la Secretaría de

Educación Pública en las escuelas de la República mexicana.

ARTICULO 136.- SE IMPONDRA PRISION DE SEIS MESES A CINCO AÑOS Y MULTA POR EL EQUIVALENTE DE CINCUENTA A TRESCIENTOS DIAS DE SALARIO MINIMO, EN LOS CASOS SIGUIENTES:

- I.- AL QUE A SABIENDAS COMERCIE CON OBRAS PUBLICADAS CON VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR
- II.- Al que publique antes que la Federación, los Estados o los Municipios y sin autorización las obras hechas en el servicio oficial;
- III.-Al que publique obras comprendidas, adaptadas, traducidas o modificadas de alguna otra manera, sin la autorización del titular del derecho de autor sobre la obra original;
- IV.- Al que dolosamente emplee en una obra un título que induzca a confusión con otra publicada con anterioridad, y
- V.- Al que use las características gráficas originales que sean distintivos de la cabeza de un periódico o revista, quien hubiese obtenido la reserva para su uso.

ARTICULO 139.- SE IMPONDRA PRISION DE DOS MESES A UN AÑO O MULTA POR EL EQUIVALENTE DE CINCUENTA A TRESCIENTOS DIAS DE SALARIO MINIMO, A QUIEN DE A CONOCER A CUALQUIER PERSONA UNA OBRA INEDITA O NO PUBLICADA QUE HAYA RECIBIDO EN CONFIANZA DEL TITULAR DEL DERECHO DE AUTOR O DE ALGUIEN EN SU NOMBRE, SIN EL CONSENTIMIENTO DE DICHO TITULAR.

Pasemos a analizar las figuras delictivas de PIRATERIA antes mencionadas:

El que comete este delito la persona física o moral que, sin consentimiento del titular del derecho de autor explote con fines de lucro una obra protegida.

Entonces nos encontramos que para que se configure este delito, deben satisfacerse los siguientes elemento:

PRIMERO.-Que se trate de una obra protegida de acuerdo a la Ley de la materia. En ese sentido el querellante o denunciante debe acreditar que es el legítimo propietario de una obra protegida por la legislación autoral y/o que es el titular del Derecho de Autor correspondiente.

Los extremos anteriores pueden quedar satisfechos cuando un Programa de Computación ha sido debidamente registrado ante el Registro Público del Derecho de Autor y que el titular del registro es el legítimo propietario del Programa de Computación correspondiente. En virtud de la cual, al exhibir ante la autoridad investigadora copia certificada de la inscripción del programa en dicho registro, es instrumento de legitimación por parte del afectado por el Derecho de PIRATERIA. La Ley Autoral protege la obra aún sin necesidad de su registro, así es que no debe pensarse que la falta de este registro impide o perjudique los Derechos de Autores, ni mucho menos el ejercicio de las acciones judiciales que la Ley confiere.

- Aquí podemos concluir que sujeto pasivo de este delito, es toda persona física o moral titular del Derecho de Autor de un programa de computación cuyos derechos quedan frustrados debido a la mala explotación del programa saliéndose de nuestra legislación.

- Por lo que se refiere al **sujeto activo**, éste se identifica como cualquier persona física o moral, que sin consentimiento del titular del derecho de autor, explote con fines de lucro un programa de computación.

- El **objeto jurídico del delito**, evidentemente es el Programa de Computación que se está explotando sin autorización por parte del sujeto activo de este delito.

- El **bien jurídico tutelado**, es el Derecho de Propiedad Intelectual que debe ser respetado, ya que interesa a la sociedad que tales Derechos de Propiedad intelectual se respeten, con objeto de poder satisfacer el estímulo que el Estado ha querido conferir a los autores para, premiar y estimular la creación de obras intelectuales, enriqueciendo así el acervo cultural y tecnológico de la Nación.

Interesa a la sociedad el que prevalezca este respeto hacia la propiedad intelectual, pues el Derecho de Explotación Comercial Exclusiva, es un monopolio que en favor del autor el Estado confiere, inclusive con rango de mandato Constitucional, en los términos dispuestos por el Artículo 28 de nuestra Constitución.

- La **antijuricidad**, la encontramos por el hecho de que la conducta del sujeto activo, contraviene y se encuentra en oposición con la norma penal en comento, es decir, la fracción I del Artículo 135 de la legislación autoral.
Desde un punto de vista formal, esta antijuricidad se pone de manifiesto al existir un

comportamiento que contravenga la norma y desde el punto de vista material, por la lesión al bien jurídico tutelado, que es el respeto al Derecho de Propiedad Intelectual sobre el Programa de Computación objeto de la PIRATERIA.

- **La tipicidad**, se satisface por el hecho de explotar, sin autorización un programa de computación con fines de lucro. Esta explotación debe interpretarse por el hecho de copiar o reproducir con fines de lucro, un Programa de Cómputo. En los casos en que el sujeto activo copia el programa o lo reproduce en cualquier forma, con fines de venderlo para obtener una utilidad o lucro, se debe atender a la definición que del fin de lucro establece la propia ley de la materia, en su Artículo 75, segundo párrafo, precepto que es del tenor siguiente:

ARTICULO 75.- . . . PARA LOS EFECTOS DE ESTA LEY, SE ENTIENDE QUE HAY FINES DE LUCRO CUANDO QUIEN UTILIZA UNA OBRA PRETENDE OBTENER UN APROVECHAMIENTO ECONOMICO DIRECTA O INDIRECTAMENTE DE LA UTILIZACION.

- En los casos de los esquemas de la PIRATERIA que denominamos como Comercial e Industrial, evidentemente hay un fin de lucro directo, pues se pretende un aprovechamiento económico con la copia o reproducción del Programa de Computación propiedad del sujeto pasivo.

En el caso de la piratería que denominamos como corporativa, igualmente se presenta el fin de lucro, pues al sacar copias o reproducciones no autorizadas del Programa de Cómputo, el sujeto activo está obteniendo indirectamente un

beneficio económico, pues aunque su intención no sea el vender las copias ilícitas, se está lucrando al no pagar el precio de cada ejemplar que ha reproducido, sin la debida autorización del sujeto pasivo.

En todos estos esquemas siempre existe dolo por parte del sujeto activo.

Sumarizando, quien copie o reproduzca en cualquier forma un programa de computación para cualquier propósito que tenga un fin de lucro, directo o indirecto, sin contar con la autorización titular del Derecho de Autor, incurre en el delito establecido en la fracción primera del Artículo 135 de la Ley Federal de Derechos de Autor.

- Por lo que se refiere al tipo previsto en la Fracción I del Artículo 136, dicha disposición debe entenderse dirigida respecto de quien teniendo un establecimiento comercial, permite que en el mismo se comercialice con programas de Computación, que él sabe o tiene conocimiento de que son ejemplares o copias reproducidas ilícitamente, sin la autorización del titular del Derecho de Autor correspondiente.

- El delito previsto por el Artículo 136 se refiere a la violación de la confidencialidad, que es un elemento de invaluable importancia respecto de los programas de Computación y es por ello que se sanciona, a quien dé a conocer a cualquier persona, la información relativa a un Programa de Computación, información que ha recibido en confianza del titular del Derecho de Autor y que sin su consentimiento procede a divulgar o a poner en conocimiento de terceros en cualquier forma.

- La confidencialidad cuyo delito se consigna en el

Artículo 139 de la ley que se persigue de oficio, todos los demás casos delictivos a los que hemos referido sólo serán perseguidos o querrela de parte ofendida, por así disponerlo en el artículo 144 de la Ley Federal de Derechos de Autor.

ARTICULO 144.- SE PERSEGUIRAN DE OFICIO LOS DELITOS PREVISTOS EN LAS FRACCIONES III, VI, Y VII DEL ARTICULO 136 Y LOS CONSIGNADOS EN EL ARTICULO 139.

LOS DEMAS DELITOS PREVISTOS EN ESTA LEY, SOLO SERAN PERSEGUIDOS POR QUERELLA DE PARTE OFENDIDA, BAJO EL CONCEPTO DE QUE CUANDO SE TRATE DEL CASO EN QUE LOS DERECHOS HAYAN ENTRADO AL DOMINIO PUBLICO DE CONFORMIDAD CON LA FRACCION III DEL ARTICULO 23, LA QUERELLA LA FORMULARA LA SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA, CONSIDERANDOSE COMO PARTE OFENDIDA.

LAS SANCIONES ESTABLECIDAS EN ESTA LEY SE APLICARAN TOMANDO EN CUENTA LA SITUACION ECONOMICA DEL INFRACTOR, EL PERJUICIO CAUSADO, EL HECHO DE QUE EL INFRACTOR HAYA COMETIDO UNA O VARIAS VECES INFRACCIONES A ESTA LEY, CON ANTERIORIDAD, Y EL PROVECHO ECONOMICO OBTENIDO O QUE SE PROPONGA OBTENER. SE CONSIDERARA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD EL HECHO DE QUE EL INFRACTOR HAYA OBRADO AL EJECUTAR O REPRESENTAR UNA OBRA, CON EL PROPOSITO DE SATISFACER SUS MAS ELEMENTALES NECESIDADES DE SUBSISTENCIA.

CONCLUSIONES .-

1.- Los programas de cómputo son obras del intelecto humano, pues estos utilizan letras que constituyen palabras comprensibles para la máquina y para ciertas personas, acompañadas de dibujos y diagramas de flujo en general. Todo este conjunto constituye un lenguaje, ciertamente técnico, pero lenguaje al fin.

2.- Si bien, los programas de computación se encuentran protegidos por el Derecho de Autor en nuestro país, y se regula por el art. 7º fracción J., esta Ley debería proteger no sólo la expresión de las ideas, si no también las ideas. Una de las posibles definiciones del programa de cómputo es la expresión organizada de instrucciones destinadas a que la computadora efectúe determinada función. Si se altera dicha organización pero se mantiene su función y sus resultados, se habrá logrado eludir la protección derivada del Derecho de Autor, y esto sería injusto, pues se aprovecharía el esfuerzo creativo de quien haya ideado el aspecto conceptual o el contenido lógico del programa en cuestión.

3.- Se requiere de una solución precisa hacia el tratamiento a darse a los programas de cómputo pues éstos como se menciona a lo largo del trabajo, se dividen en varias etapas; en la solución de problemas; en fórmulas matemáticas o algoritmos; en la solución del algoritmo; de un lenguaje de programación (código fuente y código objeto); de compiladores etc.

Y en todos estos casos nos encontramos con meras ideas que como tales NO SON PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR, por lo que en lo personal pienso que este problema puede prestarse a confusión.

4.- La normatividad Sui- Générés es una posible solución al problema de la protección jurídica de los bienes informáticos, pues deben de crearse Leyes especiales que los regulen, pues día a día los programas de computación son más usados por las empresas y particulares, por lo que surgen dificultades que no pueden ser resueltas por Leyes que no son adecuadas para la solución de problemas tan específicos y especiales.

5.- Si la piratería no se sanciona adecuadamente, y digo adecuadamente, porque como dije antes, existen suficientes lagunas en nuestras Leyes como para permitir la piratería.

Se verá cada día mas el fenómeno del atraso intelectual y tecnológico, inhibiendo inclusive la capacidad exportadora de programas de cómputo hacia los mercados internacionales. Debe de especificarse los alcances de nuestras Leyes con respecto al resguardo de los programas de cómputo.

6.- La inseguridad que provoca la Piratería, produce desconfianza en los mismos consumidores, pues por la insuficiencia de la protección jurídica los creadores de los programas han creado VIRUS, que aunque ya se hayan inventado las Vacunas para tales VIRUS, si éstos no se descubren a tiempo pueden llegar a destruir equipos muy costos e información muy valiosa, por lo que el consumidor debe de estar protegido para que su equipo no sea destruido, y la única manera de que los productores de programas dejen de utilizar estos medios técnicos tan costosos, es necesario una protección jurídica completa en base a los programas, y no orillar a la ciencia a la destrucción de éstos, pues los paquetes de cómputo fueron creados para ayudar al hombre a dar solución a diversos problemas y no a agravarlos costosamente con la destrucción de sus equipos.

7.- Con el Tratado de Libre Comercio, llegarán a nuestro país diversos productos entre los cuales posiblemente se encuentren los programas de cómputo, aunque desde ahora existe una gran variedad de ellos, por lo que hay que implementar nuestras Leyes, pues no podemos permitir que las lagunas existentes sean suplidas por Leyes extranjeras.

8.- Con el Tratado de Libre Comercio, puede llegar a disminuir la poca producción de los programas de cómputo mexicanos debida a la inseguridad que tienen los programadores de que sus paquetes sean pirateados hasta por los mismos extranjeros, pues cualquier experto en la materia puede lograrlo. Si otros países ofrecen una mayor protección y propagación de los mismos, así como mejores incentivos, puede llegar a darse lo que se conoce como fuga de cerebros al extranjero.

9.- La especial naturaleza de los programas de cómputo ha representado una problemática profunda que ha puesto a prueba el sistema la flexibilidad de la Propiedad Intelectual, ya que las instituciones típicas de ésta materia, tanto las que son propias de Patentes y Marcas, como las que integran los Derechos de Autor, han tenido que demostrar si son suficientemente flexibles como para dar cobertura a creaciones de una especialidad tan controvertida como los Programas.

De hecho, el sistema ha demostrado sus ventajas, a través de la inclusión de los Programas de Cómputo dentro del régimen del Derecho Autoral, sin embargo, es evidente que es necesario desarrollar aún con mayor precisión los conceptos relacionados con esta temática, para verdaderamente brindar una protección adecuada a este especial tipo de problemas.

10.- Es indiscutible que la problemática de los Programas de Cómputo ha revelado que a pesar de consistir en una creación intelectual que pueda ser protegida por el Derecho de Autor, su Carácter Industrial y de aplicación técnica, en ocasiones les aleja de este tipo de cobertura, por lo que, aparentemente, en el mundo está cobrando cada vez mayor vigencia la Teoría de que los programas de Cómputo deben ser protegidos como obras Sui-Géneris, que merecen una normatividad análoga pero independiente a la de los Derechos de Autor y a la de las Patentes.

11.- Independientemente de los recursos técnicos que se puedan desarrollar para evitar la copia o reproducción no autorizada de los Programas de Cómputo, es indispensable que el Derecho desarrolle las Instituciones necesarias para reprimir este tipo de infracciones.

Especialmente, en mi opinión, se deben realizar importantes campañas de conscientización en relación a la importancia de estos Derechos, con el objeto de que la sociedad se vuelva más sensible a las violaciones reiteradas que se vienen cometiendo de los Derechos de Autor en el campo de los Programas de Cómputo.

12.- Es indiscutible que la reproducción de un programa por un usuario constituye un delito que genera la reacción del Sistema Jurídico para sancionar de conformidad a las previsiones de la Ley Federal de Derechos de Autor.

Sin embargo, las acciones que las autoridades desarrollen en éste sentido, deben orientarse, en primera instancia, hacia aquellos distribuidores de equipo de Cómputo que como parte del atractivo en la oferta de venta, incluyen varios programas de Cómputo implementados ya en el disco duro del equipo en venta, de tal manera que configuran de manera gravosa y desleal, la violación del Derecho de Autor de los

mencionados programas, realizando un delito de enormes proporciones.

13.- El diseño y desarrollo de Programas de Cómupto ha mostrado que representa una puerta de fácil acceso para todos aquellos países que no tienen una avanzada tecnología, ya que a través del talento de un grupo de personas se pueden lograr importantes avances en éste campo, aún y cuando no se cuente con una infraestructura tecnológica demasiado vanguardista.

Por lo anterior, en países como el nuestro, la creación y desarrollo de Software debe ser incentivada, y el principal motor que en este sentido puede existir, es la adecuada protección legal de los programas, a través del reconocimiento de los Derechos del autor y de la repención de todos aquellos actos que lo lesionan.

B I B L I O G R A F I A . -

A. Lucas, "La Protection de Creations Industrielles Abstraites", Liteg, 1975 y "Protection des Programmes" Rev, Sp. Com., 1979, p.483.

Artículo 1 de la Ley 11. Incluye "Toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de producción."

Artículo 41 fracción I de la Ley Francesa de Derechos de Autor.

Artículo 102 de la Ley de E.U.A. Ver Data Cash Systems VS. C.I.S. y A. Group Inc. CNDIII 1979 y Tandy Corp. VS. Personal Micro Computer, Inc. C.N.D. COL.1981.

Bertrand, Protection Juridique du Logicien, París, ed. 15, 1980, p.p 11 y siguientes.

Buc H. "La Protección Jurídica de los Programas", Revista de Derecho Intelectual, no.6, junio, 1976.

Canquilhaem, Scwizerisches Bundesgericht Suprema Corte Federal, 12 de diciembre de 1974, 5 II C, 1974.

Chaloupka, Pedro. ¿In Dubio Contra Patentem? Respecto de la aplicabilidad de este requisito en el Derecho Argentino; , en "Derechos Intelectuales" Ed. No.2 p.45

Chaloupka, Pedro. Conferencia, "Derecho de la Informática", Argentina, 1989.

Correa-Batto-Czar de Zalduendo-Nazar Espeche, "Derecho Informático, ed. 13, Depalma Buenos Aires, 1987, p.64

Crim. Corr. Cap. 10/6/38, J.A., 63-69.

Delgado, Porras Antonio; Conferencia, El Optimismo a la Perplejidad Reflexiones impertinentes de un jurista sobre "La Protección de Computo por el Derecho de Autor", Argentina, 1989.

Decisiones dictadas en la Sala de Apelación de Octoolrad el 21 de noviembre de 1969 y el 16 de diciembre de 1970, 211 C308 (1971).

Doc. OMPI, LPCS/II6, p.4.

Enmienda del 12 de diciembre de 1980, publicado en el texto de RIDA, no.III, enero, 1982. p. 269.

Ferrugat, Sergio. Conferencia "El Papel de la Protección Legal del desarrollo de la Industria del Software en México". México, 1989.

Galán, Corona Eduardo, En Torno a la Protección Jurídica del Soporte Lógico, RDCO, ed. 11, Argentina, 1974, p.335.

Goldschmidt, R., "La Teoría de la Competencia Desleal y la Justicia Preventiva," en "Hacienda Comercial y Competencia Desleal", Córdoba, 1950, p.42

Juzg. Nac. 1ª Inst. Crim. No.11, 31/7/89, J.A. del 20/9/89, p.39.

Linant de Belesfonds, "La Informática y el Derecho", P.F., 1981, p.90, Quien considera que no es suficiente para escapar de los requerimientos del Derecho de Autor, el cambiar algunos detalles en tanto exista la estructura esencial de lo original, no se tratará de una adaptación subordinada a la autorización del autor.

Luzzato, La Crisis del Software en "Problemi Attuali del diritto Industriale" ed. 3, Milán, 1977, p. 726

LEYES. L F D D A
L P DE F I .

Magnin, F.; Know-how et Propriété Industrielle, ed. 14, Paris, 1974 p.p. 185 y siguientes.

Mouchet, C. Lpszyc, D y Yillalba, C.A., "La Protección Jurídica de las Ideas (Derecho de Autor y Derecho Industrial), " ed. 8, Ginebra, 1978, p.p. 41-61

NOTA: Es conocida la dificultad que puede haber para develar fórmulas a partir del producto que las incorpora; el caso de la Coca-Cola es ilustrativo al respecto.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, 1978, p.814

OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), Transferencia de Tecnología a los Países en Desarrollo"; (Marcas), Doc PU/92, junio, 1975, p.3.

ONU, Ministerio de la UNCATAO, "La función del sistema de Patentes en la Transferencia de Tecnología hacia los Países en Desarrollo", Doc. T.D./BAC II 119, Revista I, Abril, 1976.

Patent Application for Computer Programs, Office Journal (Patent) 81, 683, marzo 5, 1969.

P. Kirby, "Industrial Property Protection for Software at AIPPI-MIE" conferencias sobre algunos tópicos relativos a la Protección de la Propiedad Industrial, Budapest, 1973.

P. Sidler, Der. Schutz Von Computer Programmen im Surhber-Und Wette- Werbsrecht, Bale, 1968, p.28

Reporte final de la "National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works " (CONTU), Library of Congress, Washington, 1979, p.p. 16 y 38.

Siber, Victor. Conferencia. "Protección de Derechos de Autor: Su Rol en el Mantenimiento de una Industria de Software sana y Competitiva Ahora en el Futuro", Argentina 1989.

Slee and Harris Application (1969 RPC 194); **Bedgers Co. Incs Application** (1970) RPE 36 (1969 FSR 474 Patent Appeal Tribunal; **Geveres application** (1970) RPC 194 (1973) FSR 439; **D.C. e IBM Corps. application** (1980) FSR 564.

Stern, The Legal Protection Of Computer Software an Computer-Related Innovations in the United States, E.U.A., 1978, p.157.

Systematica Ltd. VS. London Computer Center, High Court of Justice, Chancery Division, Nor.11, 1982 Fleet Str. Rep. 1983, p.313.

Tandy Corps. VS. Personal Computers Inc. Civ. Act. no. 81-0744, N.D. Ca. 1981, 214 U.S.P.Q., 178.
Apple Computer VS. Franklin Computer (E.D.Pa. 1982) F. supp., 812,215, U.S.P.Q., 13, 26 P.T.J.C. 423 y 438 (1983).

The Economist, 16/9/89, p.99.

Trad. N. Desbois, "Le Droit d' Auteur en France", France, 1978, p.44

Tribunal Municipal de Budapest, decisión no. 25, p.27, 228/1972/21, en Derecho de Autor, 1978, p.486.

UNESCO-OMPI, Protección Jurídica de los Programas de Ordenador. Inventario y Análisis de la Legislación y Jurisprudencia Nacionales en "Revista Del Derecho Industrial, París, 1974, p.630.

Vector Internacional, Microsoft Inc. y otros VS. Biase Computer Systems, 1982, Vol. 14, p.p. 923-957.

Villalba, Carlos Alberto. Conferencia "La Protección de Programas de Cómputo" Argentina, 1989.

Waldbaum, Patent Office Recor, January 18, 1972, 5 CPR- 2nd 162, 1972.Vol. 13 p. 855.

Y. SaintGal, "Política General de una Empresa para la Protección y Defensa de sus Marcas en el Extranjero". Revista Mexicana de la propiedad Industrial y Artística, num.15-16, año VIII, México, enero- diciembre, 1970, p.p. 74-75.

Y. SaintGal, "Política General de una Empresa para la Protección y Defensa de sus Marcas en el Extranjero". Revista Mexicana de la propiedad Industrial y Artística, num.15-16, año VIII, México, enero- diciembre, 1970, p.p. 74-75.