

266
2 es.



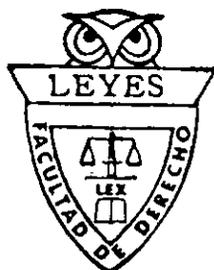
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE PATENTES, MARCAS
Y DERECHOS DE AUTOR

LA PROTECCION JURIDICA
DEL SOFTWARE

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
DEBORA GARCIA FLORES



MEXICO, D. F.

267781

1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 esta 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.

DEDICATORIAS:

A DIOS: Que siempre me has enseñado el camino correcto.

A mi madre, de quien tengo el mejor ejemplo en la vida.

A mi hermano, compañero inseparable de mi infancia.

A Amado, con quien he compartido triunfos y fracasos.

**IN MEMORIAM: Jesús Flores Torres y María de Jesús
Dévora Estrada.**

AGRADECIMIENTOS:

Agradezco las enseñanzas dadas por todos y cada uno de los maestros de la Facultad de Derecho, y en especial al Dr. David Rangel Medina, por su apoyo brindado en el presente trabajo recepcional.

De igual forma, agradezco los sinceros consejos del Señor Amado Andrés Lozano Rizo y la Señora Ana María Bautista Lara durante la realización del presente trabajo respecial.

Gracias a Marisa, Brenda y Lucía por el apoyo que me han brindado hasta el día de hoy.

A los miembros del jurado, por su valiosa ayuda en el presente trabajo recepcional.

*"La recompensa no está en el resultado,
sino en el esfuerzo realizado bajo la mirada
de Dios".*

Gandhi

INDICE

INTRODUCCION.....7

Capítulo Primero

CONCEPTOS FUNDAMENTALES SOBRE LA INFORMÁTICA

1.- ¿Qué es la informática?.....10
2.- Elementos que componen la informática.....11
3 - Efectos sociales de la informática.....12
4.- Antecedentes del software.....13
A.- La Tarjeta Perforada.....14
B.- La Máquina de Babbage.....14
C.- La Máquina de Hollerith.....15
5.- Origen y evolución del software.....16

Capítulo Segundo

SOBRE EL SOFTWARE. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.- Conceptos de la doctrina.....18

A.- Concepto de Julio Téllez Valdéz.....	18
B.- Concepto de Carlos María Correa.....	18
C.- Concepto de Pedro Antonio Prado.....	19
D.- Concepto de Enrique M. Falcón.....	19
E.- Concepto de Guillermo Cabanellas.....	19
2.- Definición de la legislación del Derecho de Autor de los Estados Unidos.....	19
3.- Definición de la legislación del Derecho de Autor australiana.....	20
4.- Tipos de software.....	20
I.- Según su función	21
a) Software de base.....	21
b) Software de aplicación.....	21
II.- Según el grado de estandarización.....	21
a)Software estándar.....	21
b)Software a medida.....	21
c)Software adaptado al cliente.....	22

Capítulo Tercero

LA INFORMÁTICA JURÍDICA Y EL DERECHO DE LA INFORMÁTICA

1.- Relación entre las computadoras y el derecho.....	23
2.- La informática y nuevos problemas teóricos y prácticos del derecho.....	25

Capítulo Cuarto

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL
SOFTWARE**

1.- La patentabilidad del software.....	29
A.- Definición de patente.....	30
B.- Requisitos que debe reunir la invención para obtener una patente.....	31
i.- Novedad.....	31
ii.- Actividad inventiva.....	33
iii.- Aplicación industrial.....	34
C.- Convención de Munich sobre la Patente Europea de 1973.....	36
D.- Postura de México.....	37
2.- La protección del software por el derecho de autor.....	37
A.- Definición de derecho de autor.....	37
B.- Naturaleza jurídica del derecho de autor.....	38
i.- El derecho de autor como un derecho real.....	38
ii.- El derecho de autor como un derecho de la personalidad.....	41
iii.- El derecho de autor, un derecho con naturaleza jurídica propia.....	42
C.- Características del derecho de autor y su problemática con el software.....	43
i.- ¿Es el software una verdadera obra?.....	44
ii.- ¿Cumple el software con característica de la originalidad?.....	45
iii.- Los derechos morales. Su limitación respecto al software.....	46
iv.- Los derechos patrimoniales. Su problemática respecto al software.....	48
v.- Duración del derecho de autor duración respecto al software.....	52
3.- El software como secreto industrial y profesional.....	53
4.- Sistema adoptado por la legislación mexicana.....	54
5.- Necesidad de una protección jurídica específica.....	55

Capítulo Quinto
LA REGULACION SOBRE SOFTWARE
EN DIVERSOS PAISES

1.- Argentina.....	58
2.- Australia.....	62
3.- Brasil.....	63
4.- España.....	72
5.- Estados Unidos	74
6.- Francia	77
7.- Gran Bretaña.....	79
8.- Italia	81
9.- Portugal.....	82
10.- República Federal Alemana y República Democrática Alemana	83
11.- Suecia.....	85
12.- México.....	86

Capítulo Sexto
REGIMEN INTERNACIONAL
SOBRE SOFTWARE

1.- Convenio de Munich sobre la Patente Europea.....	89
2.- Convenio de Berna.....	91
3.- Convención Universal sobre el Derecho de Autor.....	94

4.-Disposiciones Tipo para la Protección del Soporte Lógico de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.....	96
5.-Consejo Directivo de la Comunidad Europea.....	100
CONCLUSIONES.....	104
BIBLIOHEMEROGRAFIA.....	106

INTRODUCCION

El presente trabajo recepcional, comprende seis capitulos, los cuales pretenden analizar la problemática referente a la protección jurídica de los elementos informáticos y de un modo más específico al software, soporte lógico o programas de computación. Estos términos se utilizan como sinónimos en el -presente trabajo.

En el Capítulo Primero, se analiza en forma general qué debemos entender por informática, sus elementos y las repercusiones que puede tener en la sociedad al momento de convertirse en una actividad común. De igual forma, se analiza una parte importante de la informática: el software, cuál fue su origen y sus antecedentes.

El Capítulo Segundo, explicará qué debemos entender por software o soporte lógico. Se analizarán los conceptos dados por los doctrinarios y se analizarán algunos conceptos de algunos países que han adoptado en sus legislaciones al soporte lógico.

En el mismo capítulo, se enunciarán y definirán cada uno de los diferentes tipos de software que existen. Este capítulo, fue ideado para que el lector entienda lo que es el soporte lógico y posteriormente comprenda

Finalmente, en el Capítulo Sexto, se analizan diversos aspectos internacionales relacionados con el software. Se analizará principalmente, la Convención de la necesidad de que exista una regulación jurídica específica para este elemento informático.

La relación entre la informática y el Derecho, es el tema a analizar en el Capítulo Tercero del presente trabajo. Es importante que el Derecho se encuentre al día con todos y cada uno de los problemas que afectan a la sociedad, ya que son las normas jurídicas las que servirán como factor equilibrante entre los hombres y los nuevos fenómenos sociales.

En el Capítulo Cuarto, se analizan diversas opciones para proteger al software, como el derecho de patentes, el derecho de autor y el secreto industrial y profesional. Se exponen las razones del porqué estas opciones no son las adecuadas para proteger al software y finalmente, se propone la creación de una legislación específica.

El Capítulo Quinto, desarrolla la regulación sobre software en diversos países. Este es un capítulo dedicado al Derecho Comparado; son analizados países como Australia, España, Francia, Gran Bretaña, Italia, Suecia y desde luego, México. Se analizan proyectos de legislaciones específicas para -software que se presentaron en Argentina y Brasil.

En este capítulo, el lector logrará entender un poco las razones por las cuales resulta difícil la realización de una legislación específica para la protección del software. Las presiones de índole internacional, no permiten un adecuado desarrollo del Derecho Informático. Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, la cual

sirve como fundamento a la mayoría de los países para proteger al software por las normas relativas al derecho de autor.

Capítulo Primero

CONCEPTOS FUNDAMENTALES SOBRE
LA INFORMATICA

A lo largo de los siglos, el hombre ha buscado como uno de sus más grandes fines, la comunicación con otros individuos. Con el creciente desarrollo de la humanidad, el establecimiento y crecimiento de grandes ciudades, la comunicación se hizo día a día más difícil; sin embargo, los avances de la tecnología a lo largo de los siglos, han permitido la no existencia de fronteras para la comunicación entre los individuos. Primero, fueron inventos tales como el telégrafo, el teléfono, el radio o la televisión; hoy en día, son las computadoras. Son estas últimas las que en la actualidad permiten la distribución masiva de la información. Así surge la llamada "informática". Es en este punto donde se hace necesaria una definición para esta moderna disciplina.

1.- ¿Qué es la Informática?

Según Enrique M. Falcón, el término informática, fue creado en Francia en el año de 1965 y la define como "una disciplina que incluye diversas técnicas y actividades relacionadas con el tratamiento lógico y automático de la información..."¹

¹ FALCON M. ENRIQUE. "¿Qué es la informática Jurídica?". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992. P. 11.

Igualmente, este autor señala que la palabra informática, deriva de dos vocablos: INFORmación y AUTOMática².

Así pues, tenemos que la informática no es otra cosa más que la utilización de las computadoras para distribuir la información entre los hombres más allá de las fronteras; es un producto derivado de los avances tecnológicos del hombre a lo largo de los siglos.

Lo que es un hecho, es que en nuestros días, la palabra informática es utilizada como un sinónimo de información aplicada a las computadoras.

2.- Elementos que componen la informática.

Quando hablamos de informática, indudablemente hablamos de información aplicada a las computadoras. Estas máquinas tienen como una de sus principales funciones "eliminar la distancia entre quien emite y quien recibe la información."³

La información, como se ha visto en líneas precedentes, es un elemento esencial en el campo de la informática. Para que la información cumpla con con

² Loc. Cit.

³ MARTINOI ANTONIO ANSELMO. "La informática jurídica hoy". Revista de Derecho Industrial. Septiembre-Diciembre, 1985. P. 551.

su finalidad, es necesaria la existencia de varios elementos como: un emisor, un receptor, un medio a través del cual se logre la comunicación entre receptor y emisor, un mensaje y un lenguaje común entre emisor y receptor.⁴

En el caso de la informática, ocurre lo mismo; son necesarios estos elementos para que esta exista.

En la informática, contamos con un emisor y un receptor que pueden ser indistintamente la computadora o el usuario de esta; un mensaje enviado a través de un código o lenguaje común, que en este caso serían las instrucciones dadas a la máquina para que realice una función determinada (software).

Así pues, contamos en el caso de la informática con todos y cada uno de los elementos que se presentan en la información, únicamente, se aplican concretamente a las computadoras.

3.- Efectos sociales de la informática.

Con el paso de los años, las computadoras, y por ende la informática, han ido incrementando su campo de acción dentro de nuestra sociedad, ya que estos aparatos son más pequeños y más potentes de lo que eran en un principio.

⁴ FALCON M. ENRIQUE. Op. Cit. P. 12

Las computadoras fueron utilizadas originalmente con fines científicos y militares. Con el paso de los años, fueron útiles para los negocios, haciéndose presentes en las empresas. Hoy en día, la informática se encuentra presente en cualquier campo de la actividad humana como la investigación, educación, comunicación, en los bancos utilizando el sistema de pago automatizado, diversión y entretenimiento, en el campo de la salud con la preparación de historias clínicas, etc.

La informática, ha traído innumerables ventajas para la sociedad, un ejemplo de ello, es el caso de INTERNET, con el cual podemos obtener información de última mano que no es posible encontrar en la mayor parte de las bibliotecas.

Por lo anterior, es necesario que en la actualidad la sociedad se encuentre preparada en el manejo de las computadoras,, ya que gran parte de la actividad humana requiere, para ser más funcional, de las computadoras.

Como se puede observar, es vertiginoso el paso del avance de la tecnología y de la informática en la sociedad y es preocupante que el avance jurídico en la materia no se presente de igual forma.

4.- Antecedentes del software

La palabra “software”, es un término inglés, que puede ser equiparable en idioma español a “soporte lógico”, es decir, todo aquello donde tiene sustento el funcionamiento de una computadora, a diferencia del “hardware”, que se

asimila en idioma español a "soporte físico", alusivo a la computadora como tal, es decir, a la máquina.⁵

El software, tuvo su origen en diversos inventos como la tarjeta perforada, la cual evolucionó con el tiempo hasta convertirse en un instrumento útil en el manejo de las computadoras. A continuación, analizaré algunos de estos inventos:

A) La Tarjeta Perforada.- Los antecedentes del software, se remontan al siglo XIX en Francia, en el año de 1804. Joseph Marie Jacquare, inventó una máquina de tejer que utilizaba tarjetas perforadas para realizar su trabajo. Fué la primera máquina que utilizó la automatización para la realización de un fin determinado. Esta máquina contaba con un órgano de lectura que seguía una serie de instrucciones sencillas señaladas por cada una de las perforaciones que se encontraban en las tarjetas. Su finalidad, era lograr un diseño de tejido determinado. Es así, como esta máquina contribuye al desarrollo del procesamiento de datos que hoy conocemos,⁶

B) La Máquina de Babbage.- En el año de 1834, un profesor de la Universidad de Cambridge, matemático e inventor británico llamado Charles Babbage, procuró construir una máquina que efectuara cálculos complejos, eliminando en un grado máximo los errores. Su intento, fué fallido; sin embargo, años después, Babbage inventó una máquina que siguiendo determinadas instrucciones, era capaz de

⁵ Los términos software, soporte lógico y programas de computación, serán considerados como equivalentes en el presente trabajo, toda vez que los diversos autores consultados, los manejan indistintamente

⁶ TELLEZ VALDEZ JULIO. "Derecho Informático". Ed. Mc. Graw Hill. México, 1996. P.7

multiplicar y dividir, almacenar datos y entregar resultados impresos de manera automática.

La tarjeta perforada utilizada en 1804 para una máquina de tejer, fue utilizada por Babbage. La llamada "máquina analítica de Babbage", tenía una amplia memoria, que consistía en varios acumuladores y estaba capacitada para admitir la introducción de nuevos datos.

Fué así, como la tarjeta perforada y la máquina de Babbage sirvieron de modelo para las máquinas de cálculo posteriores, además de ser precursores de las computadoras electrónicas.⁷

C) La máquina de Hollerith.- En el año de 1880, el estadístico norteamericano Herman Hollerith, utilizó las tarjetas perforadas para crear una máquina eléctrica que auxiliara en la contabilidad de los censos de población de los Estados Unidos. La máquina de Hollerith tenía la particularidad de poder ordenar las tarjetas perforadas y obtener resultados en una forma legible.

Cabe señalar que en el presente estudio he enumerado a las tarjetas perforadas, a la máquina analítica de Babbage y la máquina eléctrica de Hollerith como antecedentes del soporte lógico, porque estas máquinas utilizan las tarjetas perforadas como soporte lógicos; es decir, se utilizan como medio para que la máquina logre el fin

⁷ Loc. Cit.

para el que ha sido creada. Esto es comparable al software, ya que sin este, la computadora no tendría instrucciones que seguir.

5.- Origen y evolución del software.

Las primeras computadoras eléctricas, se presentan en el presente siglo. La primera de ellas, una computadora electromecánica automática llamada MARK I o ASCC (Automatic Sequence Controlled Calculator), contaba con un software capaz de registrar secuencias de operaciones por medio de papel perforado; además contaba con unidades de almacenamiento.⁸

Entre los años de 1943 y 1945, John Mauchly y J. Prosper Eckert, crearon la ENIAC (Electronic Numerical Integration and Calculator) que funcionaba a base de bulbos. Su software tenía como finalidad establecer tablas balísticas de los nuevos misiles.

Más adelante, de 1945 a 1952, la EDVAC (Electronical Discrete Variable Automatic Computer), "era capaz de realizar operaciones con números binarios y almacenar instrucciones internamente".⁹

En el año de 1951, se inventa la UNIVAC (Universal Automatic Computer). Su funcionamiento era a base de bulbos. Su software era capaz de procesar

⁸ FALCON M. ENRIQUE. Op. Cit. P.26

⁹ TELLEZ VALDEZ JULIO. Op. Cit. P. 11

datos alfabéticos y numéricos, además de poder traducir un lenguaje particular al lenguaje de la máquina.¹⁰

Años después, los bulbos se sustituyeron por transistores; en 1963, estos fueron sustituidos por circuitos integrados , y en los últimos años, las computadoras funcionan con los llamados “chips”, que son microcircuitos integrados en plaquetas de silicio. Las computadoras, desde su origen hasta la fecha, han disminuido su costo y tamaño y han incrementado su capacidad.

¹⁰ Ibid. P.10

*Capítulo Segundo***CONCEPTOS FUNDAMENTALES****SOBRE EL SOFTWARE**

Muchos han sido los conceptos que se han dado para el software. En el presente capítulo, se analizan diversos conceptos dados por algunos estudiosos del derecho y de la informática. Igualmente, se analizan algunos conceptos de las legislaciones sobre el derecho de autor en diversos países. Posteriormente, serán analizados los diversos tipos de software existentes. Este Capítulo, lo considero importante, ya que el lector entenderá qué es el software y porqué es necesario que exista una legislación para tratar de evitar la piratería de este elemento informático.

1.- Conceptos de la doctrina.

A.- Concepto de Julio Téllez Valdéz.- Según Julio Téllez Valdéz, en su obra "Derecho Informático", señala que el software o soporte lógico es "la estructura lógica que permite a la computadora la ejecución del trabajo que se ha de realizar".¹¹

B.- Concepto de Carlos María Correa.- Señala este autor, que "software es un término abarcador, amplio, que incluye los elementos para identificación

¹¹ Ibidem. P. 11

y análisis de un problema a ser resuelto por un computador; el programa de computación que resulta del análisis de esos elementos; y el material de apoyo correspondiente".¹²

C.- Concepto de Pedro Antonio Prado.- Para este autor, la definición de software es la siguiente: "Programa que gobierna la operación del computador y hace que el hardware haga el trabajo deseado".¹³

D.- Concepto de Enrique M. Falcón.- La definición de software para este autor, es la siguiente: "Software, es el conjunto de los programas que cargados en el ordenador, hace que el mismo funcione. Señala igualmente que: "Por su parte, los PROGRAMAS SON UNA SERIE DE INSTRUCCIONES que debe seguir el ordenador".¹⁴

E.- Concepto de Guillermo Cabanellas.- Señala que una de las posibles definiciones del software es la siguiente: "Es la expresión organizada o estructurada de un conjunto de instrucciones destinada a lograr que una computadora efectúe determinada función".¹⁵

2.- Definición de la legislación del Derecho de Autor de los Estados Unidos de América.

¹² CORREA CARLOS MARIA. "La comercialización del software: temas principales, términos y condiciones contractuales". Revista de Derecho Industrial. Argentina, año 7, N° 21, septiembre-diciembre, 1985. P. 629.

¹³ PRADO PEDRO ANTONIO. "La informática y el Abogado". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988. P.20

¹⁴ FALCON M. ENRIQUE. Op. Cit. P. 63

¹⁵ CABANELLAS GUILLERMO "Protección Jurídica de los elementos informáticos." Derechos Intellectuales. Buenos Aires, 1986. P. 113.

La legislación de los Estados Unidos de América sobre el Derecho de Autor (Copyright Act), señala lo siguiente:

Software: "Es un conjunto de afirmaciones e instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un ordenador, a fin de obtener un resultado determinado".¹⁶

3.- Definición de la legislación del Derecho de Autor australiana.

La legislación australiana sobre los derechos de autor, señala como definición de software la siguiente: "Es la expresión en cualquier lenguaje, código o anotación de una serie de instrucciones destinadas a lograr que un dispositivo dotado de posibilidades de tratamiento de información digital, realice una información determinada".¹⁷

4.- Tipos de software.¹⁸

Para analizar todos los tipos de softwares, los he dividido en dos grupos: el primero de ellos, según la función que realiza cada software, y el segundo, según el grado de estandarización de los programas o de capacidad para realizar trabajos específicos en beneficio del usuario. A continuación, analizaré cada uno de los tipos de software.

¹⁶ CORREA-BATTO-CZAR DE ZALDUENDO-NAZAR ESPECHE. "Derecho Informático". Editorial Depalma. Buenos Aires, 1987.

¹⁷ Loc. Cit.

¹⁸ Ibidem. P. 64

I.- Según su función.- Según la función a la que se encuentra destinado cada software o soporte lógico, estos se clasifican de la siguiente forma:

- a) Software de base.- Se le denomina software o programa base a aquel tipo de software que se encuentra incorporado a la máquina. En la actualidad, este tipo de programa se utiliza únicamente como un “arranque ” para la máquina; para entrar a un programa, o salir de un programa posterior.
- b) Software de aplicación.- Se le llama software o programa de aplicación a aquel utilizado para tareas que desee realizar el usuario en la computadora.

II.- Según el grado de estandarización de los programas.- Esta clasificación, se refiere a que el software será más específico según lo requiera cada usuario; es decir, que son creados para un menor número de clientes. Se clasifican de la siguiente manera:

- a) Software estándar.- Este tipo de software es aquel que aunque se encuentra en el mercado general, está dirigido a usuarios que se dedican a un área específica del quehacer humano.
- b) Software a medida.- Este tipo de software, es más específico que el anterior. Es creado para una labor especial de un usuario. Su característica principal, es que a diferencia del programa base, este puede ser actualizado por el proveedor para que al paso de los años le siga siendo útil al usuario.

- c) Software adaptado al cliente.- Este tipo de software, es el más específico, ya que es destinado a la actividad de un sólo usuario. El software adaptado al cliente puede ser actualizado tanto por el proveedor como por el mismo usuario.

Capítulo Tercero

LA INFORMATICA JURIDICA
Y EL DERECHO DE LA INFORMATICA

Con el creciente avance de la tecnología, la informática, ha tomado un papel relevante dentro de la sociedad; el uso de las computadoras se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano y ha revolucionado completamente a la sociedad. Por lo tanto, la informática, es un verdadero fenómeno social. Es por ello, que el Derecho no puede quedarse al margen de este fenómeno. En el presente Capítulo, analizaré la incorporación de la informática al Derecho, es decir, la llamada "informática jurídica" y la creación de una nueva rama jurídica que sería el llamado "Derecho Informático".

1.- Relación entre las computadoras y el Derecho.

Como se ha visto en capítulos anteriores, las computadoras han evolucionado en gran medida desde su origen. De igual forma, su campo de acción se ha ido incrementando. En un principio, las computadoras surgieron para facilitar el manejo de cifras numéricas, y con el paso de los años, fue posible utilizarlas para la manipulación y el almacenamiento de textos.

Gracias a ello, las computadoras comenzaron a hacerse presentes en la sociedad. Tiempo después, estas máquinas se perfeccionaron, y hoy en día, se

encuentran en un sinnúmero de actividades. Ha llegado a tal grado la utilización de las computadoras, que podemos hablar de una sociedad informatizada.

La llamada "informatización", ha llegado sin duda alguna al campo del Derecho, este y las computadoras tienen una íntima relación, la cual ha llegado a tal grado, que es necesario hablar de la "Informática Jurídica"; es decir, la incorporación de la informática al campo del Derecho.

En un principio, la relación entre las computadoras y el Derecho, se limitó únicamente al almacenamiento de textos jurídicos como leyes, doctrina o jurisprudencia. Esta forma de almacenamiento de datos, se conoce como "INFORMATICA JURIDICA DOCUMENTARIA".

Tiempo después, y al ver la conveniencia de almacenar datos jurídicos en las computadoras, los estudiosos del Derecho comenzaron a buscar nuevas formas de utilización de estas máquinas en el ámbito jurídico. Tomando como base el almacenamiento de textos, se ideó la forma de utilizar las computadoras para que realizaran actividades de índole repetitivo, como aquellas que son realizadas en las oficinas gubernamentales, notarías o despachos de abogados. Al momento de incorporar el texto en la máquina y necesitar de varios textos idénticos o similares, el trabajo es simplificado y no existe la necesidad de repetir todo el trabajo; únicamente serán cambiados algunos datos. A esta actividad, se le conoce como "INFORMATICA JURIDICA DE GESTION".

Así mismo, existe la llamada "INFORMATICA JURIDICA METADOCUMENTARIA O DE DECISION", la cual consiste en la utilización de las

computadoras como apoyo para actividades como la educación, investigación o redacción.

2.- La informática y nuevos problemas teóricos y prácticos del Derecho.

La informática, ha venido a revolucionar la vida del hombre en aspectos sociales, económicos y culturales. La informática, es pues, un fenómeno social, que como cualquier otro, debe ser estudiado por el Derecho; esto es, que debe existir una legislación específica que permita dirimir los problemas susceptibles de generarse en el campo de la informática. Es entonces, cuando hablamos del "Derecho de la informática", el cual se encuentra en una etapa inicial, y por ello, se presentan problemas tales como la inexistencia de una regulación específica para esta materia.

"Se denomina "Derecho informático", al conjunto de normas, reglas y principios jurídicos que tienen por objeto evitar que la tecnología pueda conculcar derechos fundamentales del hombre y que se ocupa de la regulación de lo relativo a la instrumentación de las nuevas relaciones jurídicas derivadas de la producción y uso de los bienes informáticos, así como de la transmisión de datos. La autonomía del Derecho informático ha sido materia de debate en reiterados encuentros..."¹⁹

Con el avance tecnológico de las computadoras, el campo de acción de estas, se ha incrementado a niveles inimaginables. Así pues, pueden surgir diferentes problemas teóricos y prácticos que deben estar contemplados en una legislación

¹⁹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ GRACIELA NORA. "La responsabilidad en la era tecnológica". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1989. P.23.

específica, o en su defecto (aunque no es el camino más adecuado), encontrarse incorporados en legislaciones ya existentes como la legislación civil o la penal, pero dándoles su justa dimensión y no tratando de aplicar figuras jurídicas ya existentes a problemas totalmente nuevos.

Algunos de los problemas que pueden presentarse en el ámbito jurídico por la utilización de las computadoras, pueden ser:

- A.- Invasión de la vida privada por el conocimiento de los bancos de datos personales por una persona distinta al titular.
- B.- Contratos informáticos, los cuales al igual que los contratos civiles deben contar con términos jurídicos claros y precisos para las partes contratantes.
- C.- Delitos informáticos, para los cuales se hace necesaria una tipificación de los mismos en los códigos penales. Algunos de estos delitos pueden ser:
 - I.- Falsificación de documentos. Con la tecnología actual, esta actividad se vuelve relativamente sencilla.
 - II.- Reproducción de información confidencial.
- D.- Flujo de datos transfronterizos, donde el INTERNET es el principal instrumento.
- E.- Virus, que en muchos de los casos alteran el funcionamiento de las máquinas.

F.- Los soportes informáticos como medios de prueba para juicios civiles, penales o para facilitar la declaración de impuestos.

G.- La protección jurídica de los soportes lógicos y programas de computación, tema que en el presente trabajo es analizado.

Todos estos problemas, se presentan día con día; sin embargo, no existen legislaciones específicas que puedan solucionarlos, y por el contrario, se intentan aplicar las legislaciones ya existentes y adaptar viejas instituciones jurídicas a casos nuevos y distintos. Únicamente algunos doctrinarios manifiestan teóricamente posibles soluciones para estos problemas.

*Capítulo Cuarto**LA PROTECCION JURIDICA**DEL SOFTWARE*

En el presente Capítulo, trataré de analizaré cuál es la mejor forma para proteger jurídicamente al software o soporte lógico.

Para ello, es necesario estudiar al Derecho Intelectual, que es, un conjunto de normas que regulan los privilegios reconocidos por el Estado en favor de los autores de obras literarias, científicas, artísticas, industriales y comerciales.

Para el mejor estudio del Derecho Intelectual, se ha dividido en dos grandes ramas. La primera de ellas, estudia todos los aspectos relativos a la industria y al comercio, es decir, a la propiedad industrial. La legislación encargada de regular todo lo relativo a la industria en nuestro país, es la Ley de la Propiedad Industrial. Dentro de esta Ley, se encuentran reguladas las patentes, los modelos de utilidad, los diseños industriales, avisos y nombres comerciales, marcas, denominaciones de origen y el secreto industrial.

La segunda rama creada para lograr un mejor estudio del Derecho Intelectual, es el llamado derecho de autor, el cual protege a los creadores de obras literarias, artísticas y científicas. La legislación aplicable en nuestro país en esta materia, es la Ley Federal del Derecho de Autor.

El Derecho Intelectual, tiene su fundamento en el artículo 28 Constitucional, el cual establece que: "En los Estados Unidos Mexicanos, quedan prohibidos los monopolios y las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. Más adelante, este mandamiento constitucional señala que no serán considerados como monopolios: "los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora".

1.- La patentabilidad del software.

La protección jurídica del soporte lógico o software, ha tomado a lo largo de los años distintas vertientes. En un principio, se consideró a la patentabilidad como el camino más viable para proteger al software; sin embargo, con el avance de la tecnología, esta solución se fue tornando más y más complicada para "peculiar en qué medida hay novedad y creatividad en un programa".²⁰

En este numeral, trataré de analizar las razones por las cuales no es posible que las patentes de invención sean el camino idóneo para la protección jurídica del soporte lógico.

²⁰ AMOROSO FERNANDEZ YAÑIRA. "Derecho e Informática: software ante el tribunal". Revista Cubana de Derecho, N° 8, octubre-diciembre 1992. P. 50.

La patente, también constituye un derecho temporal, ya que señala el artículo 23 de la Ley de la Propiedad Industrial que: “La patente tendrá una vigencia de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y estará sujeta al pago de la tarifa correspondiente. Así pues, tenemos que la patente es el documento expedido por el Estado, para hacer constar el derecho exclusivo, temporal que una persona física o jurídica tiene para explotar industrialmente un invento que reúna las exigencias legales”.²³

B.-Requisitos que debe reunir la invención para obtener la patente.

Como se desprende de la definición anterior, para obtener una patente, el invento debe reunir ciertas características o requisitos que son establecidos previamente por la Ley de la Propiedad Industrial. Estos requisitos son los siguientes:

- i.- Que el invento pueda ser considerado como nuevo.
- ii.- Que las invenciones sean resultado de una actividad inventiva.
- iii.- Que el invento sea susceptible de aplicación industrial.

- i.- Novedad.- Esta característica no es definida por la Ley de la Propiedad Industrial. Señala la citada ley en su artículo 12, fracción II, que “nuevo es todo aquello que se encuentre en el estado de la técnica”. Este último concepto es definido como un “conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos mediante una

²³ RANGEL MEDINA DAVID. “Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual”. UNAM. México, 1992. P.23.

descripción oral o escrita, por explotación o por cualquier otro medio de difusión o información en el país o en el extranjero”.

Por lo tanto, se podría decir que para los efectos de una patente, nuevo es todo aquel invento que no se ha hecho público mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión en el país o en el extranjero.

Respecto al soporte lógico, el primer problema con el que nos encontramos es el relativo a la posibilidad de aplicar la definición de “nuevo”.

Según el concepto dado con anterioridad, “nuevo es todo aquel invento que no se ha hecho público mediante una descripción oral o escrita por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información en el país o en el extranjero”.

A mi consideración, el soporte lógico no es de ninguna forma un invento, ya que más bien constituye un “esquema mental”, una serie de instrucciones que son dadas a un ordenador para que realice una tarea específica. El soporte lógico, es, por tanto, algo intangible, distinto a lo que en mi concepto debe ser un invento.

Además, con la definición de “nuevo” dada en las líneas precedentes, el invento para poder ser considerado nuevo, no debe hacerse público mediante una descripción oral o escrita por la explotación o por cualquier otro medio de

difusión o información en el país o en el extranjero. Hoy en día, es difícil no dar a conocer un software o soporte lógico, ello por diferentes circunstancias. El creador puede darlo a conocer con fines demostrativos y la mayoría de ellos son utilizados con fines económicos, es decir, son dados a conocer con el único fin de la explotación, lo cual, "implica su revelación mediata o inmediata"²⁴. Además, algunos de ellos son ya del dominio público. Es por ello, que si se pretendiera proteger a los soportes lógicos por la vía patentaria, muchos de sus creadores quedarían en un total estado de indefensión.

ii.- Actividad inventiva.- Este concepto de actividad inventiva sí se encuentra definido en la Ley de la Propiedad Industrial²⁵ de la siguiente manera: "se considera como: III.- Actividad inventiva, al proceso creativo cuyos resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para un técnico en la materia".

Un argumento frecuentemente utilizado para negar la posibilidad de aplicar el derecho de patentes al software, es aquel que afirma que un soporte lógico carece de un nivel inventivo suficiente para poder, ser patentado. Esto es cierto de alguna manera, ya que como se ha visto, la naturaleza del soporte lógico es un "esquema mental", es decir, una serie de pasos o instrucciones matemáticas. Esta serie de instrucciones, no son resultado de una actividad inventiva o creativa, sino mental. Sin embargo, existen autores que consideran que "dicha actividad inventiva radica en la estructura del programa y más específicamente en el organigrama del mismo, más no es conveniente realizar generalizaciones al respecto, ya que en países como Estados Unidos,

²⁴ CABANELLAS GUILLERMO. "Protección jurídica de los elementos informáticos". Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1986, P.100.

²⁵ Artículo 12, fr. III, Ley de la Propiedad Industrial.

y por sólo citar un ejemplo, se estima que sólo un 1% de los programas presentan un nivel inventivo suficiente para ameritar dicha protección".²⁶

iii.- Aplicación industrial.- "Es la posibilidad de que una invención pueda ser producida o utilizada en cualquier rama de la actividad económica".²⁷

Con respecto a la aplicación industrial y a la posibilidad de que esta pueda ser una característica del soporte lógico para poder ser patentado, el principal problema que encuentro, es que como se ha visto anteriormente, el invento debe ser una cosa material, y el soporte lógico no lo es. Este puede ser utilizado para obtener un producto específico que puede ser objeto de la patente. Sin embargo, el soporte lógico o software puede, en determinado momento formar parte del proceso de producción, mas no es un producto objeto de protección de una patente.

A este respecto, la Ley de la Propiedad Industrial, excluye expresamente algunos procesos o esquemas mentales de la protección de la patente:

Art. 19.- No se considerarán invenciones para los efectos de esta ley:

I.- Los principios teóricos o científicos;

²⁶ TELLEZ VALDEZ JULIO "La protección jurídica de los programas de computación". UNAM. México, 1989. P. 49.

²⁷ Artículo 12. fr. IV. Ley de la Propiedad Industrial.

- II.- Los descubrimientos que consistan en dar a conocer o revelar algo que ya existía en la naturaleza, aun cuando anteriormente fuese desconocido por el hombre;
- III.- Los esquemas, planes, reglas y métodos para realizar actos mentales, juegos o negocios y métodos matemáticos;
- IV.- Los programas de computación;²⁸
- V.- Las formas de presentación de información;
- VI.- Las creaciones estéticas y las obras artísticas o literarias;
- VII.- Los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y los relativos a animales; y
- VIII.- La yuxtaposición de invenciones conocidas o mezclas de productos conocidos, su variación de uso, de forma, de dimensiones o de materiales, salvo que en realidad se trate de su combinación o fusión de tal manera que no puedan funcionar separadamente o que las cualidades o funciones características de las mismas sean modificadas para obtener un resultado industrial o un uso no obvio para un técnico en la materia.

Por último, aunque el soporte lógico pudiera ser protegido por el Derecho de patentes, tendríamos el problema de la duración de la patente, que en nuestro

²⁸ Se debe recordar que en el presente trabajo, software y programa de computación, son utilizados como sinónimos.

Derecho, es de veinte años, período que en mi concepción es demasiado amplio en relación al avance prodigioso de la tecnología.

C.- Convención de Munich sobre la Patente Europea de 1973.

La Convención de Munich sobre la Patente Europea, fue firmada el 5 de octubre de 1973. Esta Convención, aunque en uno solo de sus artículos, excluye de una forma expresa a los programas de computación del ámbito de aplicación del Derecho de patentes.

Es el artículo 52 de la citada Convención, el que señala que son materia de protección las invenciones susceptibles de aplicación industrial, siempre y cuando cuenten con la característica de la novedad y que impliquen un proceso productivo. En el segundo párrafo de este mismo artículo, se establece que no serán consideradas como invenciones: los principios de actividad intelectual en materia de juegos o actividades económicas, los planos y los programas de computación.

Esta es la única mención a que hace referencia la Convención de Munich sobre el software, soporte lógico o programas de computación.

Con el paso del tiempo, algunos países como Suecia, Alemania Federal, Italia y Francia adaptaron sus legislaciones al Convenio de Munich de 1973.²⁹

²⁹ El texto de la Convención, fué obtenido de las páginas de INTERNET.

D.- Postura de México.

La mayoría de los países han excluido de sus legislaciones en materia de patentes a los programas de computación, debido a que no encuadran perfectamente dentro de los elementos dados para poder ser considerados como una invención. México, no es la excepción y la legislación sobre la propiedad industrial no considera al software o programas de computación como invenciones. Es el artículo 19 de la Ley de la Propiedad Industrial, el que establece que: “No se considerarán invenciones para los efectos de esta ley: fr. IV.- Los programas de computación”.

En nuestro país, la protección por el derecho de autor es la que ha sido adoptada. Sin embargo, como analizaré más adelante, no considero que sea la mejor forma de tutelar a los programas de computación (software).

2.- La protección del software por el derecho de autor.

La protección del software por las normas del derecho de autor, es otra de las vertientes que ha cobrado fuerza al paso de los años. Esta corriente es la más aceptada por los estudiosos del tema a nivel internacional. Sin embargo, considero que no es la figura jurídica adecuada para la protección del soporte lógico. Las razones para sostener esta postura las daré más adelante.

A.- Definición de derecho de autor.

El derecho de autor, al igual que el derecho de patentes, forma parte de los llamados "Derechos Intelectuales".³⁰ El derecho de autor, protege a los creadores de obras literarias, artísticas o científicas.

El maestro Adolfo Loredo Hill, define al derecho autoral como "un conjunto de normas de derecho social que protegen el privilegio que el Estado otorga por determinado tiempo a la actividad creadora de autores y artistas, ampliando sus efectos en beneficio de intérpretes y ejecutantes".³¹

La Ley Federal del Derecho de Autor, señala que la serie de prerrogativas y privilegios que el Estado reconoce en favor de los creadores de obras literarias, musicales, dramáticas, de danza, pictóricas, de dibujo, escultóricas, cinematográficas, de programas de cómputo, de fotografía, etc, constituyen el derecho de autor (artículos 11 y 13 de la Ley Federal del derecho de autor).

Así pues, tenemos que el derecho de autor es un Derecho Intelectual, según el cual los autores de obras literarias, artísticas o científicas obtienen por un tiempo limitado derechos exclusivos sobre su obra.

B.- Naturaleza jurídica del derecho de autor.

³⁰ RANGEL MEDINA DAVID. Op. Cit. P.p. 7 y 8.

³¹ LOREDO HILL ADOLFO. "Derecho autoral mexicano". Editorial Jus. México, 1982. P.p. 66 y 67

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica del derecho de autor. Existen diferentes opiniones que sostienen que el derecho de autor tiene una naturaleza de derecho real, otros sostienen que tiene una naturaleza de derecho de la personalidad y hay estudiosos que sostienen que el derecho de autor tiene una naturaleza jurídica propia.

i) El derecho de autor como derecho real.

Las teorías tendientes a explicar los derechos de reales son numerosas. Entre ellas, nos encontramos en primer lugar con la teoría clásica, que considera al derecho real como un poder jurídico que ejerce un sujeto sobre un bien determinado para aprovecharlo total o parcialmente y es oponible a cualquier persona.

La siguiente teoría, es la de Bonnecasse, la cual agrega un contenido jurídico y económico al derecho real. El contenido económico consiste en la apropiación de la riqueza; el jurídico consiste en que el derecho real nace cuando la norma jurídica organiza la apropiación de la riqueza, sea propia o ajena.

La última teoría, es aquella que trata de negar la existencia del derecho real, esta es la teoría personalista, que señala que no pueden establecerse relaciones entre personas y cosas. Las relaciones deben ser siempre entre personas: un sujeto activo y un sujeto pasivo.

Por último, nos encontramos con la teoría ecléctica, que señala que el derecho real se caracteriza por tener dos aspectos, uno interno y otro externo . El

aspecto interno es el poder jurídico directo sobre la cosa; el aspecto externo es la "obligación general que tiene por fin hacer respetar la situación del titular respecto de la cosa".³²

En este inciso, trataré de analizar la postura de aquellos que asimilan al derecho de autor a un derecho real, y las razones por las cuales considero errónea esta postura.

Para los efectos de este análisis, el derecho real lo definiré como "un poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa (mueble o inmueble) que ejerce un sujeto activo (propietario o titular) para exigir de todos los individuos una abstención de toda clase de actos, materiales o jurídicos".

Partimos de la idea que un derecho real es un poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa. El derecho de autor, protege las ideas que necesariamente deben materializarse en una obra. El poder jurídico debe ejercerse directa e inmediatamente, lo cual en el caso del derecho de autor resulta un tanto difícil, ya que una vez exteriorizada la idea en una obra, con muchos problemas se podría ejercer un poder jurídico directo e inmediato sobre esta, ello, debido a que existen un sinnúmero de situaciones que quedan fuera del alcance del autor, como la piratería que impide la realización de las condiciones establecidas para que el derecho de autor pueda ser considerado como un derecho real.

³² Las teorías expuestas, fueron recabadas básicamente de apuntes de Derecho Civil I del Doctor Julián Gutiérrez Fuentesvilla y BORJA SORIANO MANUEL. "Teoría General de las Obligaciones". Editorial Porrúa. México, 1991. P.p. 76-78.

De igual forma, es difícil adaptar la condición característica del derecho real de ser “erga omnes” al derecho de autor, ya que es imposible exigir de todos los individuos actos o abstenciones respecto de la obra protegida. Muchas son las ocasiones en que se publican obras sin que el autor se entere de dicha situación.

Debido a que el derecho de autor no reúne los requisitos establecidos previamente en la definición del derecho real, no puede ser considerado como tal.

Se debe recordar, que el Derecho es una materia tan cambiante como la sociedad misma, y de igual forma, surgen nuevos temas de investigación. Los abogados, no debemos aferrarnos a querer adoptar instituciones ya existentes a nuevas ramas del Derecho.

ii) El derecho de autor como un derecho de la personalidad.

Varios tratadistas han afirmado que el derecho de autor pertenece a la categoría de los derechos de la personalidad. Sin embargo, considero esta afirmación errónea por las razones que posteriormente daré.

Los derechos de la personalidad son derechos fundamentales que todo individuo tiene por el sólo hecho de serlo. Esto es, que son derechos que corresponden al hombre en su individualidad y que deben ser respetados por la colectividad. Algunos de estos derechos son: la vida, la libertad, la integridad física, el

honor, la imagen, el secreto profesional, el derecho de afección familiar, el derecho sobre el cadáver, etc.

Existen algunos juristas que consideran al derecho de autor como un derecho de la personalidad, afirmando que la idea es una forma de extensión de la personalidad. Sin embargo, estos estudiosos dejan de considerar que los derechos de la personalidad tienen la misma duración que la vida de la persona, y en el caso del derecho sobre el cadáver, se extingue una vez que se ha cumplido con la petición de la persona o sus familiares.

En el caso del derecho de autor, estos no se extinguen con la muerte del autor de la obra, sino que se prolongan por disposición de la ley, 75 años después de la muerte del autor (artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor).

Considero además, que los derechos de la personalidad, protegen al individuo en sí mismo, no siendo así el caso del derecho de autor, ya que este protege a las obras y no al autor en sí mismo.

iii) El derecho de autor, un derecho con una naturaleza jurídica propia.

Como se ha visto, el derecho de autor no es un derecho real ni un derecho de la personalidad. El derecho de autor tiene una naturaleza jurídica propia, ya

que existe en la medida en que es reconocido por la ley, lo que no ocurre con el derecho real o con los derechos de la personalidad.³³

“Esa naturaleza propia y específica, evidentemente se refleja en la índole especial de las prerrogativas de que gozan los autores por mandato legal, agrupadas en facultades de orden moral y de tipo pecuniario”.³⁴

C.- Características del derecho de autor y su problemática con el software.

Como ya señalé en los párrafos precedentes, el derecho de autor forma parte de los llamados Derechos Intelectuales; está compuesto de una serie de privilegios que otorga el Estado por un tiempo determinado en favor de autores de obras literarias, artísticas y científicas.

Para que las obras puedan ser protegidas por el derecho de autor, es necesario que reúna ciertos requisitos establecidos por la ley, como son: la originalidad y que pueda materializarse a los sentidos, esto, para que la obra pueda ser susceptible de divulgarse o reproducirse en cualquier forma o por cualquier medio (artículo 3 de la Ley Federal del Derecho de Autor).

Igualmente, la doctrina ha establecido características de la obra materia de la protección del derecho de autor tales como: la obra debe ser una expresión

³³ GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. “El Patrimonio”. Editorial Porrúa. México 1995. P. 657

³⁴ RANGEL MEDINA DAVID. Op. Cit. P. 89.

personal del autor, resultado de una actividad del espíritu que cuente con una individualidad completa y unitaria.³⁵

Algunas de estas características, difícilmente pueden adecuarse al soporte lógico. Esto, lo trataré de demostrar a continuación.

i) ¿Es el software una verdadera “obra”?

En primer lugar, considero importante determinar si el software o soporte lógico es una verdadera obra (ya sea literaria, artística o científica). Para ello, habré de remitirme a la definición que he dado para software o soporte lógico.

En el Capítulo Segundo del presente trabajo recepcional, señalé que el software o soporte lógico, no es otra cosa más que una serie de instrucciones que le son dadas a una máquina para que realice una función determinada. Esta serie de instrucciones son únicamente un “conjunto de ideas de naturaleza funcional”.³⁶

Ahora bien, la Ley Federal del Derecho de Autor ha sido creada para proteger a las obras literarias, artísticas y científicas. Esta ley, excluye de su campo de acción a las ideas en sí mismas. El artículo 14 de la ley citada señala: “No son objeto de la protección como derecho de autor a que se refiere esta ley: fr. I.- Las ideas en sí mismas, las fórmulas, soluciones, conceptos, métodos, sistemas, principios, procesos e invenciones de cualquier tipo.”

³⁵ LAQUIS MANUELANTONIO. “Derechos reales”, citado por Correa-Batto-Czar de Zalduendo-Nazar Espeche. Derecho Informático. Buenos Aires, 1987. P. 71.

³⁶ AMOROSO FERNANDEZ YAÑIRA. Rev. Cit. P. 51

Por lo tanto, si el soporte lógico es un “conjunto de ideas de naturaleza funcional” y la Ley Federal del Derecho de Autor excluye a las ideas en sí mismas, el soporte lógico no puede ser objeto de protección de la multicitada ley.

A pesar de ello, en la nueva Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996, señala expresamente a los programas de computación (llámese igualmente software o soporte lógico) como obras protegibles.

La definición que se da para los programas de computación es la siguiente: “Se entiende por programa de computación la expresión original en cualquier forma, lenguaje o código de un conjunto de instrucciones que, con una secuencia, estructura y organización determinada, tiene como propósito que una computadora o dispositivo realice una tarea o función específica” (artículo 101 de la Ley Federal del Derecho de Autor). Esta definición, como puede apreciar el lector, es en esencia la definición dada para el soporte lógico.

ii) ¿Cumple el software con la característica de la originalidad?

Para que una obra pueda ser amparada bajo la figura jurídica del derecho de autor, es necesario que cuente con el requisito de la originalidad.

Si bien, la originalidad no implica que la obra sea diferente a todo lo habido con anterioridad, sí se refiere a la necesidad de que la obra cuente con un nivel mínimo de creatividad por parte del autor.

“Para considerar a un software o soporte lógico como original, es necesario que este no constituya una copia de una obra ya existente o una reproducción de una obra ya en el dominio público, para ser objeto de la protección”.³⁷ Sin embargo, con la cantidad de soportes lógicos existentes, la investigación de una “obra” ya existente, sería en demasía difícil.

En el caso del soporte lógico o software, es complicado reconocer un nivel de originalidad o creatividad. Considero conveniente hacer la siguiente pregunta: ¿acaso existe la creatividad en una serie de instrucciones dadas a una máquina?

iii) Los derechos morales del autor. Su limitación respecto al software.

Los llamados derechos morales, han sido creados para proteger la paternidad de la obra y la obra en sí misma. Estos derechos se encuentran consagrados en el artículo 21 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que señala:

Art. 21.- “Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

- I.- “Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;
- II.- “Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;

³⁷ TAMBURINI PIETRO. “La tutela del software en Italia”. Derecho de Alta Tecnología. Argentina. Año IV, N° 39, noviembre 1991. P. 13.

III.- “Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;

IV.- “Modificar su obra;

V.- “Retirar su obra del comercio; y

VI.- “Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.”

Ahora bien, de entre estos derechos morales, se aprecia en las fracciones III y IV que el titular de estos derechos puede oponerse a la modificación de su obra o modificarla por sí mismo. Con respecto al soporte lógico, estas disposiciones representan un especial problema. En materia de software, el avance tecnológico es muy grande, por lo que se impone la necesidad de modificar la obra, ya sea por su creador o como sucede en la mayoría de los casos por el usuario del software. Las disposiciones legales de la no modificación, constituyen una limitación al avance de la informática.

Este problema, podría ser resuelto por la vía contractual; sin embargo, la Ley Federal del Derecho de Autor, señala en su artículo 18 que los llamados derechos morales tienen el carácter de irrenunciables.

Por lo que respecta al resto de los derechos morales, considero que no existen problemas trascendentales respecto de su aplicación con el soporte lógico.

iv) Los derechos patrimoniales su problemática respecto al software.

En contraposición con los derechos morales, se presentan los derechos patrimoniales del autor. Son aquellos destinados a tutelar los intereses monetarios o retribuciones que corresponden al autor por la divulgación, “explotación, ejecución o uso público de su obra con fines lucrativos”.³⁸

La Ley Federal del Derecho de Autor, enuncia los derechos patrimoniales del autor de una obra en el artículo 27. Sin embargo, el capítulo referente a los programas de computación (software), señala otra clase de derechos patrimoniales, lo cual implica que la ley misma le reconoce al software una naturaleza jurídica distinta a las obras materia del derecho de autor.

Dentro de los derechos patrimoniales generales señalados en el artículo 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor se encuentran:

- I.- “La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio, ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico u otro similar;

³⁸ RANGEL MEDINA DAVID. Op. Cit. P. 107.

II.- “La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

- a) “La representación, recitación, y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
- b) “La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de las obras literarias y artísticas, y
- c) “El acceso público por medio de la telecomunicación;

III.- “La transmisión pública o radiodifusión de sus obras en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de la obra por:

- a) “Cable
- b) “Fibra óptica;
- c) “Microondas;
- d) “Vía satélite;
- e) “Cualquier otro medio análogo;

IV.- “La distribución de la obra, incluyendo su venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión, de uso o de explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta ley;

V.- “La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización;

VI.- “La divulgación de obras, derivadas en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones; y

VII.- “Cualquier utilización pública de las obras salvo en los casos expresamente establecidos en esta ley”.

Dentro de los derechos patrimoniales contemplados para los programas de computación, la Ley Federal del Derecho de Autor señala:

Art. 106.- “El derecho patrimonial sobre un programa de computación comprende la facultad de autorizar o prohibir:

I.- “La reproducción permanente o provisional del programa en todo o en parte por cualquier medio o forma;

II.- “Su traducción, la adaptación, el arreglo o cualquier otra modificación de un programa y la reproducción del programa resultante;

III.- “Cualquier forma de distribución del programa o de una copia del mismo, incluido el alquiler; y

IV.- “La decompilación, los procesos para revertir la ingeniería de un programa de computación y el desensamblaje”.

Estos derechos patrimoniales, a mi consideración no abarcan todos los puntos que debieran abarcarse respecto al software o soporte lógico. Dentro de estas fracciones, no se regula el uso del soporte lógico, lo que no es importante cuando se habla del autor de una obra, pero para el creador de un soporte lógico, sí es importante, ya que por el uso de un software este puede ser explotado y ello perjudicaría notablemente los ingresos económicos del creador del soporte lógico. Por lo tanto, este artículo sobre derechos patrimoniales no ofrece una protección suficiente para el software, y esto es lógico, ya que la Ley Federal del Derecho de Autor fue creada para la protección de obras literarias y artísticas, más no para una protección a los programas de computación.

Respecto a la fracción II del citado artículo 106 que señala que los derechos patrimoniales para los programas de computación comprende la facultad de autorizar o prohibir la modificación, adaptación o arreglo del programa resultante, encuentro una incongruencia con el artículo 21 de la misma ley, relativo al derecho moral que tiene el titular para exigir respeto a la obra oponiéndose a cualquier modificación de la misma (fr. III). Es importante recordar al lector que por disposición legal, estos derechos morales son irrenunciables. Entoces ¿Cuál disposición legal debe prevalecer sobre la otra?

Esta, es otra razón más para reafirmar la necesidad de una protección sui generis para el software y todo aquello relativo a al materia informática.

Por otra parte, dentro del multicitado artículo 106, referente a la protección de los derechos patrimoniales sobre los programas de computación, no se regula de un modo amplio a la venta de dichos programas, siendo que la principal finalidad de la creación de los programas es la explotación económica.

El artículo 104, hace una breve referencia al respecto, señalando que el titular de los derechos de autor sobre un programa de computación o sobre una base de datos conservará aún después de la venta de ejemplares de los mismos, el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento.

Sin embargo, considero que la venta de los programas de cómputo, se debiera regular con más cuidado, ya que como he dicho, el lucro es la principal finalidad del software.

V) Duración del derecho de autor y duración respecto al software.

El artículo 19 de la Ley Federal del Derecho de Autor, señala que la duración de los derechos patrimoniales, será de la vida del autor más 75 años después de su muerte. La duración de las obras póstumas, será de 75 años a partir de su divulgación. Las obras creadas a favor de la Federación, estados y municipios, tendrán igualmente una duración de 75 años a partir de su divulgación.

A este respecto, debo mencionar que la duración de la vida del autor más 75 años después de su muerte, es un período exagerado para la protección de un programa de computación o software. Hay que tomar en cuenta los avances de la técnica y que la vida de un soporte lógico abarca aproximadamente de tres a cinco años.

A este respecto, propongo además de la creación de una legislación específica en materia informática, la disminución del período de protección a 7 u 8 años a

partir de su registro en una oficina creada exclusivamente para el resguardo de bienes informáticos, como lo es el caso del software.

3.- El software como secreto industrial y profesional.

El secreto puede definirse como la “reserva a que se encuentran obligadas determinadas personas, en virtud de la cual no pueden divulgar los hechos cuyo conocimiento hayan obtenido en el ejercicio de sus actividades profesionales o laborales...”³⁹

La legislación en materia de propiedad industrial considera como secreto industrial a la “información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con el carácter de confidencial que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma” (artículo 82 de la Ley de la Propiedad Industrial).

Señala la misma disposición que no se considerará secreto industrial a la información que resulte evidente para un técnico en la materia.

³⁹ DE PINA VARA RAFAEL. “Diccionario de derecho”. Editorial Porrúa. México, 1997. P. 450.

Por último, señala el artículo 84 de la Ley de la Propiedad Industrial que un secreto industrial puede ser transmitido a un tercero si este se obliga a no divulgarlo.

Con respecto al software, señala la ley que no se considerará como secreto industrial a la información que resulte evidente para un técnico en la materia, y el software, siendo una serie de instrucciones, resulta evidente la información que se encuentra plasmada en él, por ello, no puede ser considerado como secreto industrial.

Ahora bien, es difícil que por la utilización generalizada que tiene el software, pueda ser considerada como un secreto. La protección del soporte lógico o software como secreto industrial y profesional resulta insuficiente.

Para que esta protección sea efectiva, son necesarias cláusulas contractuales, las cuales obligarían únicamente a las partes contratantes, más no a terceros, tal y como señala el artículo 84 de la Ley de la Propiedad Industrial.

El uso tan generalizado del soporte lógico, haría muy difícil el respeto al secreto industrial y profesional. Es por ello, que esta regulación resulta insuficiente.

4.- Sistema adoptado por la legislación mexicana.

En México, la legislación en materia de propiedad industrial, excluye expresamente a los programas de computación o software de su campo de aplicación. Esto se encuentra plasmado en el artículo 19 de la ley citada que a la letra dice:

Art. 19.- “No se considerarán invenciones para los efectos de esta ley:

IV.- “Los programas de computación...”

Por lo tanto, por obvias razones queda excluido el software del ámbito de protección del Derecho de patentes y del secreto industrial y profesional.

Por el contrario, la Ley Federal del Derecho de Autor, en su Título IV, Capítulo IV, señala expresamente a los programas de computación como obras protegibles bajo las normas relativas al derecho de autor.

Con anterioridad, he expresado las razones por las cuales no comparto la idea de regular al software por las normas del derecho de autor; sin embargo, esta tendencia es la adoptada por la legislación mexicana y por la mayoría de los países, tal y como analizaré en el siguiente capítulo.

5.- Necesidad de una protección jurídica específica.

El Derecho, tiene como finalidad regular las relaciones entre individuos de una misma sociedad. Es entonces, la sociedad la que crea al Derecho. El

Derecho, por tanto, es un reflejo de la sociedad, es decir, que a medida que la sociedad evoluciona, el Derecho debe evolucionar.

Esto es aplicable al avance tecnológico de la sociedad. El soporte lógico fue creado y en un principio se creyó que se trataba únicamente de “un nuevo fenómeno tecnológico”⁴⁰ que podría ser regulado con leyes ya existentes, tales como la legislación sobre patentes o la autoral.

Sin embargo, el fenómeno informático creció a tal grado que absorbió a la sociedad entera y se comenzó a hablar de una sociedad informatizada. Hoy en día, este fenómeno se encuentra en casi todos los campos de la actividad humana como el estudio, la medicina, el campo laboral, actividades burocráticas, y por supuesto en despachos jurídicos y contables.

El fenómeno de la informática creció en tal medida que el Derecho no pudo prever un avance tan grande en la tecnología, ni que su campo de acción abarcara a toda una sociedad.

Gracias a la informática, la sociedad ha evolucionado, y por lo tanto, el Derecho y todos los que a él nos dedicamos, estamos obligados a evolucionar en la medida que lo haga la sociedad.

⁴⁰ CABANELLAS GUILLERMO. Protección jurídica de los elementos informáticos. Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1986. P. 99.

Es por ello, que no considero conveniente de ninguna manera, adaptar "viejas" instituciones jurídicas a nuevos fenómenos sociales, como se ha pretendido hacer con el software y con el derecho de autor. La Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley sobre la Propiedad Industrial , nacieron. varios años atrás y no pudieron prever hechos nuevos en el campo de la creación y de la técnica.

Es por ello, que propongo en el presente trabajo recepcional, una reforma sustancial que tenga como finalidad una protección específica para el software y en general para todos y cada uno de los elementos informáticos como los virus, las bases de datos, los contratos informáticos, etc. De igual forma, me declaro en contra de utilizar o adoptar figuras jurídicas ya existentes que sólo forzosamente se adaptan a nuevos fenómenos sociales.

*Capítulo Quinto***LA REGULACIÓN SOBRE SOFTWARE****EN DIVERSOS PAÍSES**

La problemática sobre adoptar una regulación específica en materia de software o soporte lógico no es exclusiva de países como México. Por el contrario, países con gran avance tecnológico como Inglaterra, Francia, o Italia, también adaptan figuras jurídicas ya existentes a nuevos fenómenos sociales, pero se sigue estudiando la posibilidad de una legislación específica. Es importante no perder de vista que son grandes intereses económicos de países como Estados Unidos los que se encuentran en juego.

En el presente Capítulo, analizaré la forma en que se regula el software en países como Argentina, Brasil, Estados Unidos, Inglaterra, Francia, España, etc. En el caso de Argentina y Brasil, que son dos de los países que han abogado por una legislación específica para el software, enumeraré las normas tendientes a revolucionar la protección jurídica del software y el porqué estos países no tienen el apoyo internacional.

1.- Argentina.

En Argentina, los problemas relativos a la protección jurídica del software o soporte lógico, se encuentran muy debatidos. No existe una regulación específica al respecto, ni criterios jurisprudenciales que puedan dar la pauta para la

solución de este problema. Incluso, se ha pensado en una regulación basada en la ley sobre marcas.⁴¹

A pesar de ello, el registro del software en Argentina se realiza en la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Hasta el año de 1987, solamente había una decisión jurisprudencial donde se protegió por medio de una medida cautelar a un extranjero creador de un software, el cual fué reproducido sin autorización. Esto, se logró invocando la aplicación de la Convención de Berna, de la cual Argentina es signatario.⁴²

El Convenio de Berna, como analizaré en el siguiente capítulo del presente trabajo recepcional, no incorpora en su texto expresamente al software o a los programas de computación; sin embargo, se le ha dado una interpretación muy amplia a su artículo segundo, párrafo primero, que señala que: “Los términos obras literarias y artísticas comprenderán todas las producciones del campo literario, científico y artístico, sea cual fuere el modo de expresión...”

En el año de 1986, Argentina creó un anteproyecto para proteger de una forma específica al software. Este anteproyecto tenía como finalidades específicas:⁴³

⁴¹ FALCON M. ENRIQUE. Op. Cit. P. 141.

⁴² CORREA-BATTO-CZAR DE ZALDUENDO-NAZAR ESPECHE. Op. Cit. P.141.

⁴³ Ibid. P. 98. et seq.

- A.- Promover el desarrollo del software nacional;
- B.- Conciliar los intereses económicos del sector público y privado;
- C.- Combatir la piratería en materia de software.

Este anteproyecto argentino, también define al software como “na combinación de instrucciones que se dan a un computador y que le permite funcionar para obtener un resultado determinado”.

Dentro de las normas establecidas en el anteproyecto argentino, se encuentran algunos puntos interesantes y que considero muy buenos para una regulación específica como lo son:

- I.- Entre los derechos exclusivos del titular, se encuentran el de uso, reproducción y comercialización del software.
- II.- No habrá violación cuando quien tiene una copia realice por si mismo o por un tercero otra copia o adaptación que:
 - a) Sea un paso necesario para el uso autorizado del software en un equipo determinado; o
 - b) Se realice con fines de archivo y salvaguardia del programa mientras surta efectos la autorización de uso.
- III.- No habrá violación cuando se usa o cita el programa con fines didácticos o científicos, pero siempre indicando el nombre del titular y del programa.

IV.- El titular no puede oponerse a las adaptaciones dentro del límite del derecho que cedió.

V.- Se crea una oficina exclusiva para el registro de los programas de cómputo.

Así como existen disposiciones buenas y revolucionarias, existen otras que no lo son tanto como:

I.- Al igual que en el derecho de autor, se incluye el término de "originalidad", lo cual como analicé en el capítulo precedente, es difícil de identificar en el software.

II.- La duración de los derechos dados en favor del titular de los derechos sobre el software, era de 15 años a partir de la fecha de su registro. Este periodo de tiempo, sigue siendo muy amplio, aunque es un plazo más aceptable que el dado dentro de las legislaciones autorales que van de los 50 a los 75 años después de la muerte del autor.

El anteproyecto argentino sobre el software, no se logró como legislación específica por diversas presiones de carácter internacional, de índole político y principalmente económico por parte de los Estados Unidos.

Todavía, hasta la fecha, se sigue discutiendo en Argentina, cuál es la protección más adecuada para el software y los demás elementos informáticos.

2.- Australia.

Al igual que en muchos otros países, en Australia se presentó la problemática de la aplicación jurídica respecto del software. En un principio, se creyó que la vía patentería sería la más adecuada para la protección de este elemento informático.

Consideraban los australianos que el software no podía ser regulado por las normas autorales, ya que estas no favorecían su divulgación y su período de protección era excesivamente amplio. En cambio, las patentes sí favorecían la divulgación del soporte lógico, además de que este era considerado como resultado de una actividad inventiva.⁴⁴

A pesar de ello, en el año de 1984, se modificó la ley sobre el derecho de autor australiana y se incorpora de una forma expresa al software. Se reconoció un período de protección de 50 años posteriores a la vida del autor, período que considero excesivamente amplio.

Esta reforma a la legislación autorales, se ideó como una solución temporal; sin embargo, hasta la fecha las normas relativas al derecho de autor, son las que tutelan la protección jurídica del software.

⁴⁴ LIEBERMAN A. "La protección de programas de cómputo en Australia", citado por Julio Téllez Valdéz. Op. Cit. P. p. 88 y 89.

Entonces, tenemos que, en Australia, el software se encuentra regulado por la ley sobre el Derecho de Autor (Copyright Act) de 1968, enmendada en el año de 1984. El software en esta ley se encuentra expresamente regulado como obra literaria. Igualmente, se regulan los derechos exclusivos de reproducción, difusión, y adaptación del programa, lo cual no atenta contra la naturaleza cambiante de la informática. En Australia, el registro del soporte lógico es opcional.

Por último, debo señalar que Australia al igual que Argentina, es signatario de la Convención de Berna.⁴⁵

3.- Brasil.

Brasil, es un país interesante en el estudio de la protección jurídica del software, ya que constituye un claro ejemplo de las presiones internacionales en el aspecto político y económico.

Brasil, es pionero en proponer una legislación específica para la protección del soporte lógico o software. En el año de 1987, se creó la ley 7646, conocida también como "Ley de Software". Esta ley consta de nueve capítulos y 43 artículos, además de contar con su propio reglamento.

Si bien es cierto que esta ley fue creada para proteger expresamente al software, también es cierto que incorpora algunos elementos del derecho de autor,

⁴⁵ INTERNET mary-smolensky@ita.doc.gov

siempre con algunas modificaciones como la duración del derecho que es de 25 años contados a partir de su lanzamiento en cualquier país. Se regula también el registro del software en un organismo que para tales efectos será designado por el Consejo Nacional del Derecho de Autor (CNDA).

De igual forma, se regulan aspectos como la reproducción del software, la semejanza entre ellos, las citas para fines didácticos y su explotación económica.

Esta ley, ha encontrado numerosos problemas, sobre todo en el ámbito internacional, principalmente con los Estados Unidos, quien es el principal distribuidor y creador en todo el mundo, de software. La legislación de los Estados Unidos, como se verá más adelante, protege al soporte lógico por las normas relativas al derecho de autor y algunas de las disposiciones de la Ley de Software brasileña, no lo favorecen totalmente, por lo que los Estados Unidos se ve afectado, y como consecuencia, recurre a sanciones económicas en contra de Brasil.

Algunos de los artículos de la Ley de Software brasileña que hablan de los derechos de los extranjeros, son los siguientes: ⁴⁶

Artículo 3º, segundo párrafo.- “Los derechos atribuidos por la presente ley a los extranjeros con domicilio en el exterior, quedan asegurados, siempre que el país de origen del programa conceda a los brasileños y extranjeros domiciliados en Brasil, derechos equivalentes en extensión y duración a los establecidos en el presente artículo”.

⁴⁶ TELLEZ VALDEZ JULIO. Op. Cit. P. 85

Artículo 28.- “La comercialización de los programas para computadoras, es solamente permitida a las empresas nacionales, que deberán celebrar con los proveedores no nacionales los contratos de cesión de derechos o licencia de acuerdo con lo establecido en la presente ley, haciendo salvedad de lo dispuesto en el artículo 12 de la misma ley”.

Así mismo, se señala en el artículo 1º de esta ley, que son libres para comercializar y producir programas para computadora, tanto los nacionales como los extranjeros. Este mismo ordenamiento, también define al programa de computación:

Artículo 1º.- “Son libres en el país la producción y comercialización de programas para computadora, sean de origen extranjero o nacional, asegurada la protección integral a los titulares de los respectivos derechos, en las condiciones establecidas en la ley.

“Se entiende por programa para computadora la expresión de un conjunto organizado de instrucciones en lenguaje natural o codificado contenido dentro de un soporte físico de cualquier naturaleza, de empleo necesario en máquinas automáticas de tratamiento de la información, dispositivos, instrumentos o equipos periféricos basados en técnica digital, para hacerlos funcionar de modo y para fines determinados.”

Si bien esta Ley brasileña sobre software fue creada para brindar una protección específica para los programas de computación, también es cierto que no deja de lado completamente a los Derechos Intelectuales:

Artículo 2º.- “El régimen de protección a la propiedad intelectual de programas para computadora está contenido dentro de Ley N° 5.988, del 14 de diciembre de 1973, con las modificaciones que esta Ley establece para hacer frente a las peculiaridades inherentes a los programas de computadora”.

Dentro del Capítulo III de la Ley brasileña sobre software, se señala la protección a los derechos de autor de los programas de computación:

Artículo 3º.- “Queda asegurada la tutela de los derechos relativos a los programas de computadora por un plazo de 25 años, contados a partir de su lanzamiento en cualquier país...”

Artículo 42.- “Los programas para computadora podrán, a criterio del autor, ser registrados en un organismo a ser designado por el Consejo Nacional del Derecho de Autor -CNDA....”

“El titular del derecho de autor someterá al organismo designado por el Consejo Nacional del Derecho de Autor, en ocasión del pedido de registro, los trechos del programa y otros datos que considere suficientes para caracterizar la creación independiente y la identidad del programa para computadora.

“Con el objetivo de identificarse como titular del derecho de autor, el creador del programa podrá usar su nombre civil completo o abreviado, o hasta sus

iniciales, como está previsto en el artículo 12 de la Ley No. 5.988 del 14 de diciembre de 1973.

“Las informaciones que fundamentan el registro son sigilosas, no pudiendo ser reveladas sin orden judicial o ante requerimiento del propio titular”.

También se regula en esta ley, la titularidad de los derechos de autor de un programa de cómputo que es elaborado durante la vigencia de una relación de trabajo:

Artículo 5º.- “Salvo estipulación en contrario, los derechos relativos al programa para computadora, desarrollado y elaborado durante la vigencia del contrato o del vínculo estatutario, expresamente destinado a la investigación y desarrollo, o donde esté prevista la actividad del empleado, funcionario o contratado de servicios, o que pertenezca a la misma naturaleza de los encargos contratados, pertenecerán exclusivamente al empleador o contratante de servicios.

“Salvo cláusula en contrario, la compensación del trabajo o servicio prestado se limitará a la remuneración o salario convenido.

“Los derechos concernientes al programa para computadora creado sin relación al contrato de trabajo, vínculo estatutario o prestación de servicios, y sin utilizar recursos, informaciones tecnológicas, materiales, instalaciones o equipos del empleador o contratante de servicios pertenecerán con exclusividad al empleado, servidor o contratado de servicios”.

Artículo 6º.- “Cuando se estipule en contrato firmado entre las partes, los derechos sobre las modificaciones tecnológicas y derivaciones, pertenecerán a la persona autorizada que las haga, y los ejercerá autónomamente”.

El siguiente numeral de esta ley, señala que no constituyen ofensas a los derechos de autor sobre un programa de computación:

- I.- “La introducción de una copia legítimamente adquirida, siempre que sea indispensable para la utilización adecuada del programa;
- II.- “La citación parcial para fines didácticos, siempre que se identifiquen el autor y el programa referido;
- III.- “La semejanza entre un programa y otro ya existente, siempre que la misma esté causada por las características funcionales de su aplicación, por la observación de los preceptos legales, reglamentarios o de normas técnicas o de la limitación de la forma alternativa para su expresión,
- IV.- “La integración de un programa, con todas sus características esenciales, a un sistema aplicativo u operacional, técnicamente indispensable para las necesidades del usuario, siempre que sea para uso exclusivo de quien lo promovió”.

Para poder comercializar un software, según la Ley de Software brasileña, es necesario el registro en una secretaría llamada Secretaría Especial de

Informática. Este ordenamiento opera igualmente para el software nacional y extranjero. Tratándose del registro de software extranjero, este quedará condicionado a la verificación de la existencia de programas para computadora simples, desarrollados en el país por una empresa nacional. (artículo 8º Ley de Software brasileña).

El registro del software es condición previa y esencial para:

- I.- “La validez y eficacia de cualquier tipo de negocio jurídico relacionado con programas;
- II.- “La producción de efectos fiscales y cambiales y la legitimación de pagos, créditos o remesas correspondientes, cuando sea el caso, sin perjuicio de otros requisitos y condiciones establecidas por la ley”.

El registro, tendrá una duración de tres años y será renovado automáticamente por la Secretaría Especial de Informática (Artículo 9º Ley de Software brasileña).

La decisión de otorgar o no el registro a los programas de computación, puede ser apelada ante una oficina llamada Consejo Nacional de Informática y Automación (Artículo 10 Ley de Software brasileña).

Una vez que se ha otorgado el registro, podrá quedar sin efectos: en cualquier momento por:

- a) Decisión judicial;
- b) Decisión administrativa, si se comprueba que los datos presentados por el interesado al momento de solicitar el registro eran falsos.

Una vez registrados los programas de computación se establece una cuota de contribución, la cual es administrada por el Fondo Especial de Automación. Esta cuota de contribución será destinada para el financiamiento de programas de:

- a) "Investigación y desarrollo de tecnología de informática y automación;
- b) "Formación de recursos humanos en el área de informática;
- c) "Equipamiento de los Centros de investigación en Informática, dando prioridad a las universidades federales y de los respectivos estados;
- d) "Capitalización de los Centros de Tecnología e Informática, creados de acuerdo con las normas del Plan Nacional de Informática y automación".

Respecto de la explotación económica de los programas de computación, que como ya he dicho en líneas precedentes es la principal finalidad de un programa de cómputo, la Ley de Software brasileña establece:

Artículo 27.- "La explotación económica de los programas para computadora en el país, será objeto de contratos de licencia o cesión efectuados libremente entre las

partes, y en los que se fijará la responsabilidad por los pagos respectivos en lo referente a los tributos y tasas exigibles en el país”.

“Se anularán las cláusulas que:

- a) “Fijen exclusividad;
- b) “Limiten la producción, distribución y comercialización;
- c) “Examinen a cualquiera de los contratantes de la responsabilidad por eventuales acciones de terceros, en virtud de vicios, defectos o violación de los derechos de autor”.

Artículo 28.- “La comercialización de los programas para computadora es solamente permitida a las empresas nacionales, que deberán celebrar con los proveedores no nacionales los contratos de cesión de derechos o licencia de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, haciendo salvedad de lo dispuesto por el artículo 12 de la misma”.

La aprobación de los autos y contratos relativos a la comercialización de programas para computadoras de origen externo, por parte de los organismos competentes del Poder Ejecutivo, es condición previa y esencial para:

- a) “Posibilitar el catastramiento del programa;

- b) "Permitir la deducción fiscal, respetando las normas previstas en la legislación específica;

- c) "Posibilitar la remesa al exterior de las sumas debidas, de acuerdo con la presente Ley y las otras disposiciones legales aplicables".

Cualquier violación a los derechos de autor de un programa de computación, ameritan prisión que puede ir de seis meses hasta dos años y multa; si un programa extranjero se comercializa sin estar registrado, la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa. Estas disposiciones no se aplican a los softwares extranjeros que entren en el país únicamente con fines demostrativos en ferias o congresos de naturaleza técnica, científica o industrial (artículos 35 y 37 de la Ley de Software brasileña).

Existen muchas presiones de índole internacional para dificultar la aplicación de la Ley de Software brasileña. Tal es la presión internacional, que al querer obtener información más reciente vía INTERNET sobre la Ley de Software brasileña, encontré únicamente un artículo señalando que Brasil es un país poco preocupado por el bienestar de los países extranjeros en el aspecto de la protección jurídica del software y no se encuentra el texto de la multicitada ley brasileña. Es por ello, que el texto de los artículos que en líneas precedentes se transcriben, son del año de 1987.

4.- España.

En España, en el año de 1987, se reformó la ley sobre la propiedad intelectual y se incorporó expresamente al software como materia susceptible de ser

tutelada por el derecho de autor. Se excluyen de esta protección a los "programas que forman parte de una invención patentada",⁴⁷ ya que estos pueden ser protegidos por las normas relativas a la propiedad industrial.

Dentro de las normas del derecho de autor, aplicables al software, se regula la reproducción, distribución y adaptación del software.

No constituye una violación al derecho de autor sobre el software, la adaptación que se haga al programa de computación. Esta, es una disposición que considero bastante buena, ya que como analicé en el capítulo precedente, una norma tendiente a limitar las adaptaciones al software, es contraria al avance tecnológico de la informática.

En el aspecto relativo a la duración de la protección, en un principio se consideró que sería conveniente un período de "20, años, contados a partir del año siguiente al de su publicación , y si no se hubiere publicado, al de su creación"⁴⁸; reformas posteriores, ampliaron este período a la vida del autor y 50 años posteriores a su muerte⁴⁹. Dentro de las últimas reformas, se ha establecido que el período de protección para el soporte lógico, abarcará la vida del autor más 70 años posteriores a su muerte, lo cual consideró un error, ya que es un período demasiado extenso.⁵⁰

⁴⁷ CORREA-BATTO-CZAR DE ZALDUENDO-NAZAR ESPECHE. Op. Cit. P. 132.

⁴⁸ Ibid. P. 133.

⁴⁹ TELLEZ VALDEZ JULIO. Op. Cit. P. 87.

⁵⁰ INTERNET mary-smolensky@ita.doc.gov

Por último, debo decir que España, al igual que Argentina , Australia y Brasil, es signatario del Convenio de Berna.

5.- Estados Unidos.

En los Estados Unidos, la primera ley tendiente a regular los elementos informáticos, fue la Ley de Privacidad de 1974. Esta ley, como su nombre lo indica, protegía a los individuos de la información recabada por el gobierno en sus computadoras.

Posteriormente, con el creciente avance tecnológico y el desarrollo de distintos tipos de software y no solamente para recolectar datos personales, se comenzó a discutir la protección jurídica del soporte lógico.

Estados Unidos, es el principal país productor y distribuidor de software en todo el mundo. En este país, se considera que las normas relativas al derecho de autor son las ideales para la protección del software. Estados Unidos manifiesta su "preocupación" para que todas las naciones adopten esta postura, ya que consideran, es el camino más viable.

En el vecino país del norte, desde el año de 1980, se encuentra regulado el software por las normas del derecho de autor. A pesar de ello, el soporte lógico tiene una regulación distinta del resto de las obras protegidas; estas normas son más limitadas para el soporte lógico que para el resto de las obras protegidas.

Esta regulación, ha dado lugar a numerosas críticas por parte de la doctrina. Son dos de ellas la que resaltan:

- 1ª.- La primera de ellas, señala que el derecho de autor debe proteger la forma de “expresión de una idea y nunca a la idea en sí misma”; es decir, se debe proteger a la forma material de esa idea. El soporte lógico es únicamente una idea, por ello, no puede ser regulado por las normas relativas al derecho de autor.

- 2ª.- Otra crítica, es la referente a la finalidad de las obras protegidas por el derecho de autor. Estas obras, como las pictóricas, escultóricas, arquitectónicas o literarias, tienen una finalidad puramente artística. En cambio, la finalidad del software o soporte lógico es utilitaria o económica.⁵¹

A pesar de estas críticas, el soporte lógico en los Estados Unidos se regula por las normas relativas al derecho de autor.

Dentro de los derechos que se otorgan al creador de un soporte lógico en los Estados Unidos, se encuentran los siguientes:

- a) No constituye una violación al derecho de autor la reproducción o adaptación del progrmama, siempre y cuando sea un paso necesario para la utilización del programa con fines de salvaguardia o de archivo.

⁵¹ Tr. Ing. NAKAMURA YUTAKA. “Recent devolpments in copyright protection for computer software in the United States and Japan”. Pacific Rim Law and Policy journal. Estados Unidos. Vol 2, N° 2, 1993. P. 224.

- b) Se encuentra regulada la venta, transferencia y alquiler del soporte lógico, siempre y cuando lo autorice el creador.

- c) Si el software ya cuenta con adaptaciones, es necesaria la autorización del creador para la transferencia, venta o alquiler del mismo.

En el año de 1990, se estableció que las autorizaciones del creador del soporte lógico para vender, alquilar o prestar, deben hacerse por escrito; de lo contrario, se configura una violación al propietario del derecho de autor sobre el soporte lógico.

En el año de 1992, se estableció en los Estados Unidos una penalidad por la reproducción no autorizada, distribución o venta de copias de software, consistente en prisión de hasta 5 años y/o multa por docientos cincuenta mil dólares.

La legislación norteamericana sobre el derecho de autor (Copyright Act), contempla un período de protección para el soporte lógico de 50 años posteriores a la muerte del creador del soporte lógico, período demasiado amplio.

Por último, debo señalar que los Estados Unidos, en un principio no era signatario de la Convención de Berna. Esta Convención fue firmada por los Estados Unidos pocos años atrás. Sin embargo, en materia de software, son las leyes

internas las que prevalecen y no se le da ningún tipo de interpretación al Convenio de Berna.⁵²

Siendo Estados Unidos uno de los principales productores y distribuidores de software en el mundo, debiera preocuparse por idear normas específicas para la protección de este elemento informático. Sin embargo, no lo ha hecho y si por el contrario obstaculiza los intentos de otros países para adoptar una legislación específica. Las presiones de tipo económico por parte de los Estados Unidos obligan al resto de los países a adoptar las normas relativas al derecho de autor para proteger al software.

6. - Francia.

Francia, es uno de los signatarios del Convenio de Munich sobre la Patente Europea de 1973, por lo que excluye de una forma expresa al software del campo de acción de las normas relativas a las invenciones patentables. Sin embargo, se establece una excepción a esta regla, consistente en que sí será patentable un software que interviene en algún proceso productivo.

Francia es uno de los países que más se ha preocupado por la solución al conflicto de la protección jurídica del software, incluso, ha adoptado soluciones contractuales y extracontractuales. "Por lo que toca a las primeros, se manifiestan en 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.

⁵² INTERNET sendusenet/news.answers/law/copyright-FAQ/part 4

“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”.⁵³

Por lo general, son las normas relativas al derecho de autor las encargadas de la protección jurídica del soporte lógico.

En el año de 1985, fue reformada la legislación autoral francesa del año de 1857 para incorporar de forma expresa al software.

Al igual que en otras legislaciones, en la legislación francesa, al software se le da un tratamiento distinto del resto de las obras susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor. Dos de las modificaciones importantes fueron, el período de protección para el software y la autorización de las adaptaciones.

La legislación francesa, considera que la adaptación del software es importante para su explotación. Es por ello, que el autor no puede oponerse a la adaptación del soporte lógico.

Por lo que se refiere a la duración del derecho de autor para el software, en un principio, se estableció un período de 25 años, contados a partir de la fecha de su creación. Este período, se le aplicaría igualmente al software extranjero,

⁵³ TELLEZ VALDEZ JULIO. Op. Cit. P. 85.

siempre y cuando en ese país extranjero se protegiera al software francés con un lapso de tiempo equivalente. Sin embargo, en la mayoría de los países se reconoce un periodo de 50 años post mortem del autor, por lo que Francia se vería obligado a reconocer un período mayor de tiempo para la protección del software extranjero y un período menor para la protección del software nacional. Finalmente, Francia decidió por razones de reciprocidad internacional, reconocer la protección por el tiempo que dure la vida del autor más 50 años posteriores a su muerte.⁵⁴

Francia, también es signatario del Convenio de Berna y en base a este, se amplió el período de protección para el soporte lógico.

7.- Gran Bretaña.

Gran Bretaña, al igual que Francia, es signatario de la Convención de Munich sobre la Patente Europea de 1973, por lo que su legislación excluye expresamente al software del campo de las invenciones patentables.

En este país, desde el año de 1977, se dieron varias recomendaciones para legislar sobre software, incluso, se dieron varios fallos jurisprudenciales considerando al software como materia protegible por las normas del derecho de autor.

⁵⁴ INTERNET mary-smolensky@ita.doc.gov

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Fue hasta el año de 1985, cuando se incluye al soporte lógico como "obra", susceptible de ser protegido por el derecho de autor. Sin embargo, hay aspectos que no fueron contemplados, como la utilización del software con fines didácticos, su adaptación y la duración de los derechos del titular.

Dentro de los aspectos que sí fueron regulados, se encuentran la reproducción del software y la penalidad a que se hacía acreedor la persona que tuviera copias no autorizadas de un soporte lógico⁵⁵.

La doctrina en la Gran Bretaña, se ha inclinado por una protección específica para el software, ya que la institución del derecho de autor, sólo forzosamente se puede adaptar a un elemento informático como el soporte lógico.

En el año de 1988, se creó la Ley Sobre Diseños, Patentes y Derechos de Autor (Copyright Designs and Patent Act, y fué enmendada en 1992. Esta ley, señala que el soporte lógico gozará de la protección derivada de las normas del derecho de autor. El período de dicha protección, abarcará la vida del autor y cincuenta años después de su muerte; se establecen medidas de carácter civil y penal contra quien reproduzca un software sin la autorización del titular de los derechos de autor sobre el soporte lógico.⁵⁶

Gran Bretaña, al igual que todos los y cada uno de los países analizados con antelación, es signatario del Convenio de Berna.

⁵⁵ CORREA-BATTO-CZAR DE ZALDUENDO-NAZAR ESPECHE. Op. Cit. P. 111.

⁵⁶ INTERNET mary-simolensky@ita.doc.gov

8.- Italia.

Italia, es signatario del Convenio de Munich sobre la Patente Europea de 1973, por lo que en su legislación, señala que el software no es susceptible de ser patentable.

Al igual que, Gran Bretaña, en Italia, a partir de 1984, la jurisprudencia, señaló que el software debía ser materia del derecho de autor. En cambio, la doctrina hasta la fecha se encuentra dividida ; mientras que algunos piensan que la regulación por el derecho de autor es la adecuada, otros consideran que sería efectiva una regulación específica.

En la Ley del Derecho de Autor de 1941 italiana, enmendada en el año de 1992, se estipuló que el software sería tutelado bajo estas normas. Se considera la "reproducción ilícita de programas con fines de lucro, así como su posterior comercialización". Para poder reproducir un software y comercializarlo, es necesario contar con la autorización escrita del titular de los derechos de autor sobre el software.⁵⁷

En el año de 1994, se crearon algunas reglas relativas al registro público de los programas de computación.

⁵⁷ TAMBURINI PIETRO. Rev. Cit. P. 14.

Respecto al período de protección del soporte lógico, Italia tiene un plazo mucho mayor que el resto de los países, ya que el software se protege durante toda la vida del "autor", más 70 años después de su muerte.⁵⁸

Italia, al igual que los países analizados en líneas precedentes, es también signatario del Convenio de Berna.

9. - Portugal.

Portugal, es otro de los países signatarios de la Convención de Munich sobre la Patente Europea de 1973, pero a pesar de ello, hasta el año de 1990, se seguía discutiendo cuál sería la protección más adecuada para el soporte lógico: las patentes de invención, o las normas relativas al derecho de autor.

Finalmente, en el año de 1991, se decidió que las normas sobre el derecho de autor, serían las adecuadas para proteger al software.

Dentro de los aspectos que fueron regulados, se encuentran: la reproducción del soporte lógico, la cual no puede efectuarse sin la autorización del titular de los derechos de autor. Las adaptaciones que quieran hacerse a los soportes lógicos, necesitan igualmente de la autorización previa del titular de los derechos de autor sobre el software.

⁵⁸ INTERNET mary-smolensky@ita.doc.gov

El registro del software, es opcional; sin embargo, la falta de registro hace más difícil procesar a una persona que infringe los derechos de autor sobre un software .

Fué con base en el Convenio de Berna, del cual Portugal es signatario, que se decidió proteger al software por las normas relativas al derecho de autor. En base a este mismo Convenio, la duración de los derechos, abarca el tiempo que dure la vida del autor, más cincuenta años posteriores a su muerte.

10.- República Federal y República Democrática Alemana (Alemania)

Pocos años atrás, Alemania se encontraba dividida en la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana.

La República Federal Alemana, fué “el país precursor de la fracción III del Artículo 52 de la Convención de Munich, la cual niega la protección internacional de los programas de computación por la vía patentaria”.⁵⁹

La doctrina también se encontraba dividida para considerar al software susceptible de ser protegido por las normas del derecho de autor.

⁵⁹ INTERNET mary-smolensky@ita.doc.gov

La Ley sobre el Derecho de Autor de 1965 de la República Federal Alemana, fué modificada en 1985 para incorporar de una forma expresa al software.

Por otro lado, en la República Democrática Alemana, desde el año de 1984, la ley de patentes excluyó expresamente al software de su ámbito de protección. Del mismo modo, se determinó en el año de 1979, que la protección por el derecho de autor, no era la adecuada, ya que sus elementos y definiciones no se adecuan al software. Así, las cuestiones relativas al soporte lógico, se regulaban por la vía contractual; pero las cláusulas de esos contratos, debían ajustarse al interés económico nacional.

A la caída del Muro de Berlín en el año de 1990 y con la unificación de las dos alemanias, la Ley sobre el ,Derecho de Autor de la República Federal Alemana, fué la que prevaleció y es esta la que hasta la fecha rige en todo el país alemán.

En esta ley, se regulan aspectos como la reproducción del software, la cual no puede realizarse sin la autorización expresa del titular de los derechos de autor sobre el soporte lógico. Rige la misma disposición cuando se trata de las adaptaciones que se quieran realizar al software. De igual forma, se permite la venta, alquiler, o transferencia del soporte lógico, siempre y cuando el titular del derecho de autor, lo autorice por escrito.

La duración de los derechos autorales sobre el software, abarca la vida del creador del software más 70 años posteriores a su muerte.

Alemania, al igual que los países analizados, en líneas precedentes. es signatario del Convenio de Berna.⁶⁰

11.- Suecia.

Suecia, es también signatario de la Convención de Munich sobre la Patente Europea de 1973, por lo que excluye expresamente al software del campo de aplicación de las invenciones patentables.

La Ley sobre el Derecho de Autor sueca de 1960, reformada en 1989 y 1992, ha incorporado de una forma expresa al software. Dentro de los aspectos que se establecen en favor del titular del derecho de autor de un software, se encuentra la facultad de este de autorizar las adaptaciones o las reproducciones del software, siempre por escrito.

Se establecen medidas de carácter civil y penal para quien reproduzca o adapte un software sin la autorización correspondiente.

Suecia, es también signatario del Convenio de Berna, por lo que ha adaptado en su legislación como período de protección, la vida del autor, más cincuenta años posteriores a su muerte.

⁶⁰ TELLEZ VALDEZ JULIO. Op. Cit. P. 14.

12.- México.

En México, la Ley de la Propiedad Industrial, en su artículo 19, fracción IV, señala que no se considerarán como invenciones a los programas de computación (soportes lógicos); por ello, no son susceptibles de ser patentados.

Por el contrario, la Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación, del día 24 de diciembre de 1996, incorpora en su Título IV, Capítulo IV, de una forma expresa a los programas de computación y a las bases de datos, aunque a mi consideración, de una forma muy deficiente.

La Ley sobre el Derecho de Autor mexicana, al igual que el resto de los países que incorporan al software, en este cúmulo de normas, le da un tratamiento distinto a este elemento informático del resto de las obras protegidas. Se le reconoce por tanto, una naturaleza jurídica distinta al de las obras literarias, artísticas y científicas en general.

La Ley Federal sobre el Derecho de Autor, define al programa de computación como “La expresión original en cualquier forma lenguaje o código de un conjunto de instrucciones que, con una secuencia, estructura y organización determinada, tiene como propósito que una computadora o dispositivo realice una tarea o función específica” (artículo 101 de la Ley Federal del Derecho de Autor). Como ya analicé en el capítulo anterior, es difícil apreciar la originalidad de un software.

Dentro de la legislación autoral, mexicana, se regula la reproducción del software, su traducción, adaptación, arreglo, modificación y distribución del soporte lógico; para ello, se requiere la autorización del titular de los derechos de autor sobre el software.

Respecto a la modificación de la obra, existe una contradicción entre dos artículos de la ley citada. La modificación al software, se encuentra regulada como un derecho patrimonial; sin embargo, existen otros derechos llamados morales, dentro de los cuales se estipula que “el titular del derecho moral puede en todo tiempo exigir el respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación...” (artículo 21, fracción III de la Ley Federal del Derecho de autor). Estos derechos morales, son irrenunciables; en cambio, los derechos patrimoniales sí son renunciables en todo tiempo. ¿Cuál de estas disposiciones debe prevalecer sobre la otra?

Considero que las modificaciones o adaptaciones que se hagan a un software, no debieran requerir la autorización por escrito del titular de los derechos de autor, pero sí de un aviso por escrito al titular de los derechos una vez realizada la adaptación o modificación.

La Ley Federal del Derecho de Autor, no señala obligatoriedad alguna para registrar al software en el registro Público del Derecho de Autor, considero que la falta de obligatoriedad en el registro, provoca que sea más difícil llevar un control adecuado del software, de su contenido, además de que propiciar aún más la piratería.

Respecto a la duración de los derechos patrimoniales del software, no se le da un tratamiento específico, por lo que se aplica el plazo genérico que se

encuentra en el artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor. Este plazo, consiste en proteger los derechos por el tiempo que dure la vida del autor, más 75 años posteriores a su muerte. Considerando los avances tecnológicos, podemos decir que la vida de un soporte lógico, es de tres a cinco años aproximadamente, por lo tanto, el período estipulado en la ley para la protección de este elemento informático es, exageradamente amplio.

Por último, México es también signatario del Convenio de Berna, y en base a este, se reguló al software en la Ley Federal del Derecho de Autor.

*Capítulo Sexto***REGIMEN INTERNACIONAL****SOBRE SOFTWARE**

Los tratados internacionales respecto al software, prácticamente no existen: sin embargo, tratados como la Convención de Universal sobre el de Derecho de Autor o la Convención de Berna, no contemplan una protección limitativa y sí por el contrario, dejan un margen muy amplio para que los países signatarios consideren al software como una "obra" susceptible de ser protegida por las normas relativas al derecho de autor. Lo cierto, es que no existe un tratado internacional donde se resuelvan los problemas específicos del soporte lógico en el ámbito jurídico.

1.- Convenio de Munich sobre la Patente Europea.

El Convenio de Munich sobre la Patente Europea, fué firmado el 5 de octubre de 1973.

Esta Convenio, tiene como finalidad que los países miembros, adopten una legislación uniforme y poder facilitar a los inventores europeos un procedimiento único de otorgamiento de patentes, reconocido en la legislación de todos y cada uno de los estados miembros.

El Convenio de Munich, consta de dos partes: la parte adjetiva, que abarca los primeros 51 artículos, y la parte sustantiva que abarca del artículo 52 al 178. En la parte adjetiva, se establece la existencia de un organismo llamado "Organización de la Patente Europea", que cuenta con autonomía administrativa y financiera y tiene su sede en Munich. Esta Organización cuenta con dos subórganos, uno es el Consejo Administrativo y otro la Oficina de la Patente Europea. Esta última, puede ser creada, si se estima conveniente, en alguno de los estados contratantes. Esta oficina, puede intervenir como parte en los procesos que se presenten en el estado miembro.

Respecto al software o programas de computación, el Convenio de Munich sólo establece en su artículo 52:

Artículo 52.- "Inventiones patentables

- (1) "Las patentes europeas protegerán cualquier invención que sea susceptible de aplicación industrial, que sea nueva e implique un proceso productivo.
- (2) "No serán consideradas como invenciones según el párrafo primero:
 - a) "Los descubrimientos científicos, teorías y métodos matemáticos:
 - b) "Las creaciones estéticas:
 - c) "Los planos, principios y métodos de actividad intelectual en materia de juegos o en las actividades económicas, así como los programas de cómputo."

Los países signatarios del Convenio de Munich, han incorporado las disposiciones de este Convenio en sus respectivas legislaciones y por tanto, han excluído expresamente la protección jurídica del software de su derecho de patentes.

Algunos de los países signatarios del Convenio de Munich sobre la Patente Europea de 1973 son: Austria, Bélgica, Francia, Dinamarca, Gran Bretaña, Finlandia, Alemania, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Holanda, Portugal, Suiza y Suecia.

2.- Convenio de Berna.

El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, fué firmada el día 9 de septiembre de 1886 en la Ciudad de Berna, Suiza y ha sido revisada en múltiples ocasiones.

El Convenio de Berna, cuenta con cuatro puntos principales:

- Aplicación Internacional.
- Precisión de formalidades.
- Término mínimo de protección.
- Mínimo de derechos exclusivos protegidos.

- Aplicación Internacional.- Los derechos de los autores son repetados en otros países, como si el autor fuera nacional de esos países; es decir, que existe la reciprocidad internacional entre los países signatarios del Convenio de Berna.

- Precisión de formalidades.- En el Convenio de Berna, se establece que el disfrute y ejercicio de los derechos de autor, no estarán sujetos a ninguna formalidad. Las formalidades, deben, necesariamente ser reguladas por las legislaciones autorales de cada uno de los países signatarios del Convenio de Berna.

- Término mínimo de protección.- En el Convenio de Berna, la duración mínima de la protección del derecho de autor, abarca la vida del autor más 50 años posteriores a su muerte.

- Mínimo de derechos exclusivos.- El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, establece que los estados signatarios deben proteger cuando menos los siguientes derechos exclusivos: la traducción de la obra, su reproducción, su ejecución pública, su adaptación, su paternidad y su integridad.

El Convenio de Berna, en ninguna de sus partes habla en forma expresa del software; sin embargo, los países miembros que en su mayor parte protegen al software con las normas relativas al derecho de autor, dan una interpretación muy amplia al artículo 2 del Convenio.

ARTICULO 2

(1) "La expresión obras literarias y artísticas, incluirá toda la producción en el campo literario, artístico y científico cualquiera que sea su forma o modo de expresión..."

Este Convenio, no ofrece ninguna limitación sobre la finalidad o uso de los trabajos protegidos. ⁶¹ Es por ello, que los países signatarios, han optado por proteger al software bajo las normas relativas al derecho autoral, amparándose para ello en el Convenio de Berna.

La mayor parte de las legislaciones que protegen al software por las normas del derecho de autor, encuentran su fundamento en el Convenio de Berna.

El multicitado Convenio, establece un lapso mínimo de protección a las obras literarias, artísticas y científicas, el cual abarca la vida del autor, más 50 años posteriores a su muerte. Este plazo, sin perjuicio de que algunos de los países signatarios, deseen incorporar en sus legislaciones un período de tiempo mayor, tal y como es el caso de México, que cuenta con un período de 75 años después de la muerte del autor.

Algunos de los países signatarios del Convenio de Berna son: Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Barbados, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Camerún, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Honduras, India, Irlanda, Italia, Japón, Liechtenstein, Luxemburgo, México, Mónaco, Holanda, Perú, Portugal, España, Suecia, Suiza, Gran Bretaña, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela.

⁶¹ INTERNET mary-smolensky@ita.doc.gov

En el año de 1989, la Asamblea de los países miembros de la Unión de Berna (Unión de Berna, es el nombre que se le da a todos los países que forman parte del Convenio de Berna), decidió invocar a un “Comité de Expertos”, con el objetivo de estudiar la conveniencia de producir y someter a discusión un “protocolo adicional a la Convención de Berna destinado esencialmente a precisar las normas vigentes o establecer nuevas normas cuando en el texto actual del Convenio de Berna puedan existir dudas sobre el campo de aplicación de dicho Convenio”.⁶²

El “Comité de expertos”, realizó un proyecto relativo a la protección de obras literarias y artísticas. En este proyecto, se estableció en su artículo 4 que los programas de computación (software), “están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna”.⁶³

3.- Convención Universal sobre el Derecho de Autor.

La Convención Universal sobre el Derecho de Autor, fué firmada el día 6 de septiembre de 1952 en la Ciudad de Ginebra, Suiza.

Al igual que el Convenio de Berna, la Convención Universal sobre el Derecho de Autor fué creada para asegurar la protección del derecho del autor sobre las obras literarias, artísticas y científicas, aunque con algunas diferencias.

⁶² INTERNET mary-smolensky@ita.doc.gov

⁶³ TELLEZ VALDEZ JULIO. Op. Cit. P. 56.

El período de protección que establece la Convención sobre el Derecho de autor, “no será inferior a la vida del autor y 25 años después de su muerte.” Sin embargo, aquellos estados contratantes, que en la fecha de entrada en vigor en su territorio de la presente Convención, hayan limitado este plazo para ciertas categorías de obras, a un período calculado a partir de la primera publicación de la obra, tendrán la facultad de mantener tales excepciones o extenderlas a otras categorías. La duración de la protección no será inferior a 25 años a contar de la fecha de la primera publicación” (artículo IV de la Convención Universal del Derecho de Autor).

A diferencia del Convenio de Berna, la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, exige únicamente la protección de los derechos de reproducción, adaptación, representación y ejecución pública. También señala que se pueden establecer excepciones a estos derechos en las legislaciones nacionales, siempre y cuando dichas excepciones no sean contrarias al espíritu de ni a las disposiciones establecidas en la misma Convención (artículo IV Bis de la Convención Universal sobre el Derecho de Autor).⁶⁴

Señala la Convención Universal sobre el Derecho de Autor que: “La presente Convención no afectará en nada las disposiciones del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas ni al hecho de pertenecer a la Unión creada por este Convenio” (artículo XVII de la Convención Universal sobre el Derecho de Autor). Para evitar conflictos entre países que sean signatarios tanto de la Convención de Berna como de la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, señala la Declaración Anexa relativa al artículo XVII de la Convención Universal sobre el Derecho de Autor que: “La Convención Universal sobre el Derecho de Autor, no será

⁶⁴ El artículo IV bis de la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, no se encuentra en el texto de 1952, sino en la revisión de 1971.

aplicable en relaciones entre estados ligados por el Convenio de Berna, en lo que se refiera a la protección de las obras que, de acuerdo con dicho Convenio de Berna, tengan como país de origen uno de los países de la Unión de Berna.”

Algunos de los países signatarios de la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, son: Austria, Australia, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Francia, Alemania, Italia, Japón, México, Mónaco, Holanda, Panamá, Portugal, Suiza, Gran Bretaña y los Estados Unidos.

Por lo que se refiere al software, ocurre en la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, lo mismo que en el Convenio de Berna; no menciona en ningún momento de un modo expreso al software, sin embargo, “al igual que en el Convenio de Berna, contiene un listado no exclusivo de los trabajos protegidos sin prestar ninguna restricción en cuanto a la finalidad del trabajo a proteger, su uso, o forma de expresión, por lo que es suficientemente amplio para permitir la eventual protección de los programas”.

4.- Disposiciones Tipo para la Protección del Soporte Lógico de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, surgió de un Convenio firmado en Estocolmo, Suecia, el día 14 de julio de 1967. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, a la fecha cuenta con 134 estados miembros.⁶⁵

⁶⁵ TELLEZ VALDEZ JULIO. Loc. Cit.

Dos, son los principales objetivos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual:

- 1º Fomentar la protección de la propiedad intelectual “en todo el mundo mediante la cooperación entre los estados miembros y en su caso, con la colaboración de cualquier otra organización internacional”.⁶⁶ Esto se logra a través del fomento a tratados internacionales, actualización de legislaciones nacionales y promoción de cooperación administrativa entre los estados.

- 2º Centralizar la administración de las uniones en la Oficina Internacional de Ginebra, Suiza y supervisar esa administración por medio de diversos órganos.

Las Disposiciones Tipo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, fueron ideadas con miras a crear una protección específica para el software en todo el mundo. Fue en el año de 1978, cuando estas disposiciones fueron aprobadas únicamente como modelo para su posterior análisis.

Estas disposiciones tipo, consideran al software como “uno o varios de los siguientes elementos: a) el programa en sí, b) la descripción del programa y c) el material de apoyo”.⁶⁷

Se señala en estas disposiciones que los derechos sobre un soporte lógico, pertenecerán al creador, excepto cuando este se encuentre como subordinado en

⁶⁶ CORREA-BATTO-CZAR DE ZALDUENDO-NAZAR ESPECHE. Op. Cit. P. 95.

⁶⁷ Las disposiciones tipo para la protección del soporte lógico, fueron tomadas de TELLEZ VALDEZ JULIO. Derecho Informático. México, 1996. P. 223.

un a relación laboral, en cuyo caso, el software pertenecerá al patrón. Se regula de igual forma la transferencia parcial o total del software mediante contrato y por sucesión.

Las disposiciones tipo para la protección del soporte lógico y la ley de software brasileña, fueron creadas para proteger en una forma específica al soporte lógico; sin embargo, se siguen aferrando a conceptos dados por otras legislaciones, que como ya analicé, sólo forzosamente pueden adecuarse a un elemento informático como el software. Dentro de las disposiciones tipo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se señala que las normas que integran dichas disposiciones sólo serán aplicadas al software que cuente con una característica de originalidad; sin embargo, no se estipulan los lineamientos sobre los cuales se pueda identificar la originalidad de un soporte lógico.

En este documento, también se encuentran enumerados los derechos del propietario del software, que serán los siguientes:

- a) "Divulgar el soporte lógico o facilitar su divulgación a terceros antes de que se haya hecho accesible al público con el consentimiento del propietario;
- b) "Permitir o facilitar a terceros el acceso a un objeto que almacene o reproduzca el soporte lógico antes de que este se haya hecho accesible al público con el consentimiento del propietario;
- c) "Copiar el soporte lógico por cualquier medio o en cualquier forma;

- d) "Utilizar el programa de ordenador para elaborar un programa de ordenador idéntico o substancialmente similar, o una descripción del programa de ordenador o de un programa de ordenador substancialmente similar;
- e) "Utilizar la descripción del programa para elaborar una idéntica o substancialmente similar, o de un programa de ordenador correspondiente;
- f) "Utilizar el programa de ordenador o un programa de ordenador elaborado en la forma descrita en los puntos c), d) o e) para controlar el funcionamiento de una máquina capaz de procesar información o almacenarlo en uno de tales datos;
- g) "Ofrecer o almacenar con fines de venta, alquiler o cesión bajo licencia el soporte lógico elaborado en las formas descritas en los puntos c), d), o e);
- h) "Realizar cualquiera de los actos descritos en el punto g) respecto de objetos que almacenen o reproduzcan el soporte lógico elaborado en la forma descrita en los puntos c), d) o e).

Respecto a la duración de estos derechos, señalan las disposiciones tipo para la protección del soporte lógico de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual que esta será:

- a) De 20 años contados a partir de la primera vez que se utilice el programa en cualquier país, por el propietario o por cualquier persona con el consentimiento del propietario; siempre y cuando no sea con fines didácticos, de experimentación o de investigación.

- b) De 20 años, contados a partir de la primera vez que el programa se venda, ceda bajo licencia o alquiler en cualquier país.

- c) En el caso de que el software se utilice con fines didácticos, de experimentación o de investigación, en ningún caso la protección excederá de 25 años.

En el caso de violación a los derechos que señalan estas disposiciones, el propietario podrá demandar el pago de daños y perjuicios o cualquier otra indemnización.

En la última disposición, se señalaba la posibilidad de aplicar supletoriamente las leyes relativas a las patentes, derechos de autor o la competencia desleal. Así mismo, se podrían aplicar los principios generales del Derecho.

Lo cierto, es que las disposiciones tipo creadas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, fueron únicamente un proyecto e internacionalmente se prefirió aplicar Convenciones como la de Berna o la Universal sobre el Derecho de Autor.

5.- Consejo Directivo de la Comunidad Europea.

Los países miembros de la Comunidad Europea, firmaron un documento en Bruselas, Bélgica, el día 14 de mayo de 1991, tendiente a unificar criterios en las legislaciones de los estados miembros sobre los programas de computación.

Las razones que sirvieron como base para la firma de este documento, fueron las siguientes:

- a) El software no era protegido de una forma uniforme en los países de la Comunidad Europea.
- b) La industria del software requiere para su desarrollo independiente de una gran inversión técnica, humana y financiera.
- c) El desarrollo que tengan los programas de computación, puede llegar a formar parte importante del desarrollo de la Comunidad Europea.
- d) Es necesaria una unificación del sistema legal para lograr un adecuado desarrollo de la industria informática.
- e) La reproducción, transferencia o adaptación no autorizada de un software, constituyen una violación a los derechos exclusivos del autor y por ello, es necesaria una regulación jurídica un poco uniforme entre todos los países miembros de la Comunidad Europea.

Dentro de esta Directiva, se estableció que la protección de los programas de computación bajo las normas relativas al derecho de autor, se aplicará sin perjuicio de que en casos distintos, se aplique otra forma de protección como el derecho de patentes.

De acuerdo con esta Directiva, los estados miembros de la Comunidad Europea, protegerán al software por las normas relativas al derecho de autor en términos de lo dispuesto por el Convenio de Berna. Por lo tanto, para que un soporte lógico pueda ser protegido por las normas del derecho de autor, es necesario que este cuente con el requisito de la originalidad.

Es considerado como autor de un programa de computación, la persona o personas que han creado el programa; sin embargo, si este ha sido creado con motivo de una relación de trabajo, el titular de los derechos de autor sobre el programa, será el patrón.

Los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor sobre un programa de computación son, realizar por sí mismo o por un tercero:

- 1.- La reproducción permanente o temporal del programa en cualquier forma;
- 2.- La transferencia, adaptación, arreglo o cualquier otra alteración del programa;
- 3.- La distribución al público incluyendo la renta del programa original o las copias de este.

La reproducción del programa y la transferencia, adaptación, arreglo o alteración del programa, no requerirá de autorización del titular de los derechos, siempre y cuando sean necesarios para el eficiente funcionamiento del programa o si su reproducción es lícita.

Tal y como mencioné anteriormente, esta Directiva, encontró su fundamento en la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Es por ello, que la protección de los derechos de autor respecto al software, será por la vida del autor, más 50 años posteriores a su muerte. Este período, comenzará a correr a partir del primero de enero del año siguiente a aquel de la muerte del autor.

Cuando el programa de computación sea anónimo o pseudónimo, o cuando un extranjero sea considerado como autor según la legislación nacional, “el período de protección de la “obra”, será de 50 años , contados a partir del primero de enero del año siguiente a aquel en que la obra se hubiere publicado por primera ocasión.”

Los países miembros que cuenten en sus legislaciones nacionales con un término mayor de protección para los programas de computación, podrán conservarlo hasta que el derecho de la Comunidad Europea adopte un sistema homogéneo para todos los países miembros.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El avance de la informática ha sido muy grande en los últimos años. Es por ello, que surge la necesidad de que el derecho cuente con normas específicas que puedan regular los temas relativos a la informática.

SEGUNDA: En un principio, no era necesaria la regulación jurídica del software, ya que cada computadora contaba con un software propio, destinado a una finalidad específica. Debido a esto, el derecho se rezagó en materia de informática.

TERCERA: En nuestros días, es necesaria la regulación jurídica del software, ya que el uso de este elemento informático se ha generalizado y a diferencia de lo que sucedía años atrás, hoy en día las computadoras utilizan un mismo tipo de software.

CUARTA: El Derecho Informático, debe ser considerado como una rama autónoma del derecho. Sin embargo, por tratarse de un tema relativamente nuevo, debe ser analizado con mayor profundidad.

QUINTA: Una vez reconocido el Derecho Informático como una rama autónoma del derecho, es necesario crear nuevas figuras jurídicas tendientes a proteger los elementos constitutivos del Derecho Informático.

SEXTA: El derecho de patentes, rama del derecho surgida para proteger a los inventores y a sus invenciones, no puede proteger a un elemento como el

software, ya que las características de la novedad, actividad inventiva y aplicación industrial, difícilmente se pueden aplicar a un elemento informático como el software.

SEPTIMA: El derecho de autor, tiene varias características que de manera muy forzada pueden adaptarse al soporte lógico.

OCTAVA: Para poder lograr una adecuada protección del software, se necesitan normas jurídicas que obliguen "erga omnes", y no disposiciones que obliguen sólo a las partes contratantes o involucradas, tal y como es el caso del secreto industrial y profesional.

NOVENA: Dentro de las legislaciones que adaptan el derecho de autor al software, se le da un tratamiento distinto a este elemento informático; es decir, se le reconoce una naturaleza jurídica distinta al resto de las obras protegidas. Es por ello, que sería más conveniente crear una legislación "sui generis" para todo aquello relativo a la materia informática.

DECIMA: El software y su protección jurídica, es un problema de índole internacional. Por ello, es necesario unificar criterios internacionales para poder resolver cuestiones específicas sobre el software.

BIBLIOHEMEROGRAFIA

- AMOROSO FERNANDEZ YAÑIRA. "Derecho e Informática: software ante el tribunal". Revista Cubana de Derecho. Cuba. N° 8. Octubre-diciembre 1992.
- BORJA SORIANO MANUEL. "Teoría General de las Obligaciones". Doceava edición. Editorial Porrúa. México, 1991.
- CABANELLAS GUILLERMO. "Protección jurídica de los elementos informáticos". Derechos Intelectuales. Vol 2. Buenos Aires, 1986.
- CORREA-BATTO-CZAR DE ZALDUENDO-NAZAR ESPECHE. "Derecho Informático". Editorial Depalma. Buenos Aires, 1987.(obra única)
- CHOLAPKA PEDRO. "El derecho de la informática". Derechos Intelectuales. Vol. 2. Buenos Aires, 1986.
-
- DE PINA VARA RAFAEL. "Diccionario de derecho". Editorial Porrúa. México, 1997.
- FALCON M. ENRIQUE. "¿Qué es la informática jurídica?". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992.

- GÜITRON FUENTEVILLA JULIAN. "Derechos fundamentales subjetivos de la persona física jurídica". Revista de la Facultad de Derecho de México. Edición conmemorativa. México, 1991.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. "El patrimonio". Quinta edición. Editorial Porrúa. México, 1995.
- LAQUIS MANUEL ANTONIO. "Actualidad de los bienes incorporeales". Revista de Derecho Industrial. Argentina. Año 7, N° 21, septiembre-diciembre 1985.
- LOREDO HILL ADOLFO. "Derecho autoral mexicano". Segunda edición. Editorial Jus. México, 1982.
- MARTINO ANTONIO ANSELMO. "La informática jurídica hoy". Revista de Derecho Industrial. Argentina. Año 7, N° 21, septiembre-diciembre, 1985.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ GRACIELA NORA. "La rsponsabilidad en la era tecnológica". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989.
- NAKAMURA YUTAKA. "Recent devolpments in copyright protection for computer software in the United States and Japan". Pacific Rim Law and Policy Journal. Estados Unidos. Vol. 2, N° 2, summer 1993.
- PRADO PEDRO ANTONIO. "La Informática y el Abogado". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988.

- _____. "Principales tratados en materia de propiedad industrial administrados por la OMPI". Derecho. Perú, N° 47, diciembre 1993.

- RANGEL MEDINA DAVID. "Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual". Segunda edición. UNAM, México, 1992.

- TAMBURINI PIETRO. "Software: la tutela del software en Italia". Derecho de Alta Tecnología. Argentina. Año IV, N° 39, noviembre 1991.

- TELLEZ VALDEZ JULIO. "Derecho Informático". Segunda edición. Editorial Mc. Graw Hill. México, 1996.

- TELLEZ VALDEZ JULIO. "La protección jurídica de los programas de computación". Segunda edición. UNAM. México, 1989.