

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL SOFTWARE EN COSTA RICA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL SOFTWARE EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Johnny Chaves Darcia

RESUMEN

Se realiza un análisis general de la Propiedad Intelectual del software desde el punto de vista de los Tratados Internacionales. El análisis se dividió en: El software, La Industria del Software, Los Tratados Internacionales que regulan el tema y algunos ejemplos de la jurisprudencia norteamericana. Las empresas líderes de la Industria del "Software", sobre todo las norteamericanas, han reclamado protección para sus Productos Informáticos. Para hacer efectiva esa protección se han organizado en la Business Software Alliance. El mismo gobierno norteamericano ha intervenido para hacer efectiva la protección. La jurisprudencia de esa nación, es la que ha definido, el contenido de la problemática del software en relación a los derechos incorporados en él.

ABSTRACT

A general analysis of the Intellectual Property of the software is done in the light of the International Treatises. To be successful the problem was divided into the following topics: The software, The Industry of software, The International Treatises which are regulating the topic and examples of Legality. The leaders enterprises of the software industry, mainly North Americans, have claimed protection for their informatic products. To make that protection effective they have organized themselves in the Business Software Alliance. The North American government itself has intervened to make the protection effective. The North American legality has defined the nature of the software, the same as the content of its issues in relation with the rights incorporated on it.

Análisis Contextual

La brecha entre los países desarrollados y los no desarrollados continúa expandiéndose. Los primeros han incorporado una nueva forma de economía: la Economía Digital¹ En los segundos, su economía es física, pues sus flujos de información son físicos, por ejemplo, dinero en efectivo, cheques, facturas, conocimientos de embarque, informes, reuniones personales, llamadas telefónicas, transmisiones de radio y televisión analógicas, documentos, mapas, fotografías, partituras, anuncios por correo directo, etc.

En la nueva economía la información es digital en todas sus formas, es decir, son bits almacenados en computadoras, desplazándose a la velocidad de la luz a través de redes de computadoras. También es una economía del *conocimiento*, con base en la aplicación del *know-how* de los seres humanos a todas las cosas que se producen y la forma como se elaboran. En esta nueva economía, el cerebro, en lugar de la fuerza física, creará cada vez mayor valor agregado. Muchas labores agrícolas e industriales se convierten en trabajo de conocimiento. En la actualidad, casi el 60% de los trabajadores norteamericanos son trabajadores del conocimiento, y 8 de cada 10 nuevos trabajos corresponden a sectores de la economía con énfasis en la información. Esos países diseñan, manufacturan y distribuyen bienes de alta tecnología, como por ejemplo, aviones, computadoras, vehículos inteligentes, casas inteligentes, satélites. En muchas fábricas modernas el proceso de manufactura se realiza en forma robotizada. Así pues, el conocimiento se constituye como el principal factor de productividad entre las organizaciones².

Esta nueva economía está en expansión mundial, los mercados se abren.

Estos bits almacenados en las computadoras son manejados por el “software”. El “software” que utilizan las empresas y personas que potencian la Era del Conocimiento está en constante evolución. Ello explica, en general, la naturaleza de su industria billonaria: dinamismo. Ello, a su vez, continuamente le impone retos. Las empresas líderes de la Industria del “Software”, sobre todo las norteamericanas, han reclamado protección para sus *Productos Informáticos*. Para hacer efectiva esa protección se han organizado en la *Business Software Alliance* (BSA). El mismo Gobierno de Estados Unidos ha afirmado que “no dudará en el uso del poder pleno de la ley estadounidense y la ley internacional para que nuestros socios cumplan con los acuerdos comerciales”³. Washington está dispuesto a utilizar, además de las leyes estadounidenses, todos los mecanismos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC). Costa Rica ha sufrido presiones para actualizar y readecuar su normativa, en materia de propiedad intelectual, a las arriba mencionadas, so pena de sufrir sanciones comerciales principalmente.

La protección del “software” se ha implantado por medio de la Propiedad Intelectual. Para tener el derecho de usar “software” legal hay que pagar la licencia respectiva; si no se hace así, es decir, se reproduce ilegalmente, se cae en la categoría de *Pirata*.

Se estimó, para 1994 una pérdida de alrededor de 15 mil millones de dólares. Según datos de la BSA⁴ contenidos en el Estudio Mundial sobre Piratería se establece que: “En el año 2000, por primera vez desde que se realiza este estudio, la tasa de piratería no se redujo, aunque se mantuvo casi constante con la tasa de

1999 –se incrementó de 37% a 38%. Las pérdidas en dólares por piratería se redujeron en un 3,5% en relación con 1999, pasando de \$12.200 millones a \$11.800 millones. América del Norte, Asia/Pacífico y Europa Occidental nuevamente reportaron la mayor parte de las pérdidas”. Continúa observando la BSA: “Las tasas de piratería de software indican que una de cada tres aplicaciones de software han sido pirateadas durante el 2000. El continuo problema con la piratería de software, argumentan las empresas, es que se traduce en importantes pérdidas de trabajos, sueldos, ingresos por impuestos y una potencial barrera para la innovación y desarrollo de productos en todo el mundo”. “A pesar de que las tasas de piratería en varias regiones y países ha decrecido, la piratería de software continúa robando al mercado mundial cientos de miles de trabajos y miles de millones en sueldos e ingresos fiscales”, dijo Robert Holleyman, presidente y CEO de la Business Software Alliance. “En un esfuerzo por poner freno a la piratería de software en el mundo, la BSA continúa implementando actividades educativas y judiciales y trabaja con los gobiernos de todo el mundo para apoyar nuestras iniciativas de difusión del problema de la piratería”.

Costa Rica está en la Lista de Vigilancia por Infracciones a la Propiedad Intelectual, al igual que muchos otros países. Por ello, la normativa costarricense ha sufrido constantes cambios en los últimos años.

La jurisprudencia norteamericana ha definido la naturaleza del software “*como una cosa incorporeal, los mismos son percibibles por los sentidos (la vista) y susceptibles de apropiación por los hombres (son formas invisibles de propiedad), ya que se encuentran en forma de lenguaje de signos dirigidos a la computadora (sistemas operativos o DOS), o idiomas*

humanamente legibles encaminados a ser percibibles por la vista y razón de los seres humanos (programa de ordenadores), por lo cual se pueden enmarcar con el carácter de obra literaria” La jurisprudencia de esa nación, es la que ha definido, el contenido de la problemática del software en relación a los derechos incorporados en él.

Con respecto al software en sí mismo, desde la óptica Informática, son productos industriales que requieren para su desarrollo de una verdadera ingeniería que combina la ciencia con el arte. Desde la óptica jurídica son “meros conjuntos de instrucciones”, son cosas incorporeales.

Por último se realiza un análisis doctrinal de los derechos de autor relacionados con la propiedad intelectual, únicamente a través de los *Tratados Internacionales*. Esta es la vía principal con la que se intenta evitar la piratería del software y el acceso a nuevos mercados.

Desarrollo

Se realiza un análisis del “software”⁵ desde la perspectiva de un Sistema Informático Moderno, para comprender mejor la idea, que son distintos productos informáticos industriales producidos por una industria altamente dinámica.

Para complementar y comprender mejor este análisis se deberá tener presente la magnitud y características del mercado mundial del software. Se trata de empresas cuyo valor de mercado es billonario. En este mercado, únicamente las empresas desarrolladoras de software “paranoicas”⁶ sobrevivirán, porque se trata de un mercado altamente competitivo. Así por instancia, en forma muy frecuente, suceden “salidas del mercado” de compañías, mediante los mecanismos jurídicos de las fusiones, “joint ventures”,

quiebras, etc. Así pues, las empresas tienen que estar reinventándose, renovándose a sí mismas, en forma continua y permanente, para no ser sacadas del mercado. Aquella empresa que “cree que no la persiguen” saldrá del mercado.

Se estima que para dichas empresas, no importa que tan bueno sea el producto software producido, se está solo a 6 meses del fallo, es decir, ese es el plazo que estima la industria, para renovarse, para sacar nuevas versiones del software. Por otro lado los analistas de esta industria consideran que este plazo de tiempo continúa reduciéndose. Lo constante es el cambio.

Introducción al software

Un *sistema informático moderno* es una composición de elementos como procesadores, memorias, unidades funcionales, redes de interconexión, sistemas operativos, dispositivos periféricos, canales de comunicación, bancos de bases de datos, etc.; todo esto en evolución permanente, a partir de la II Guerra Mundial. Es un sistema estructurado en niveles.

El siguiente es un modelo general estructurado de la Arquitectura de las Computadoras:

NIVEL 5	Programas de aplicación
NIVEL 4	Redes de computadoras
NIVEL 3	Bases de datos
NIVEL 2	Sistemas operativos
NIVEL 1	<i>Hardware</i>

En la industria, cada nivel define su propio segmento de mercado, de tal forma que las empresas desarrollan sus soluciones para cada nivel. El Nivel 1 se llama *Máquina Real* o hardware, mientras que cada uno de los niveles 2 hasta el 5

se llaman *Máquinas Virtuales* y constituyen el llamado *SOFTWARE*. El nivel 2 soporta al 3, éste al 4 y éste al 5.

Se da a continuación, mediante ejemplos, una idea del tipo de software que corresponde a cada nivel.

Programas de aplicación:

1. *Sistemas de Información* tales como la Contabilidad, Recursos Humanos, Inventarios, etc.;
2. *Suites* como Microsoft Office que incluyen Procesamiento de Palabras (Word), Hojas de Cálculo Electrónico (Excell), Presentaciones (Power Point), etc.;
3. *Inteligencia Artificial*: Sistemas Expertos como Mycin, Prospector, etc., Robótica, Juegos, etc.;
4. *Sistemas CAD* (Diseño Asistido por Computadora), *CAM* (Manufactura Asistida por Computadora);

Aún más, “desde el punto de vista de la aplicación, la principal corriente en el uso de los computadores experimenta una tendencia de cuatro niveles de complejidad y sofisticación ascendente del Procesamiento:

Proc. de *Datos* → Proc de *Información* → Proc. de *Conocimiento* → Proc. de *Inteligencia*

Los datos incluyen valores numéricos, símbolos de caracteres y medidas multidimensionales.... Un elemento de información es una colección de datos relacionados por alguna estructura o

relación sintáctica.... El conocimiento consta de elementos de información junto con ciertos significados semánticos.... Finalmente, la inteligencia se deriva de una colección de elementos de conocimiento”⁷. Las economías de los países más desarrollados, por ejemplo el grupo de los 7-G, han incorporado, los tipos de procesamiento más complejos, citados atrás, para mejorar cualitativamente su producción. Así por instancia, se utiliza procesamiento de conocimiento, inteligencia para crear aviones, computadoras, barcos, etc. Nuestra economía está atrasada, pues no producimos esa clase de bienes, sino que solamente representamos, en relación a los nuevos bienes de alta tecnología, un valor agregado, por eso se dice que es una maquila. Son economía digitales versus economías físicas.

REDES DE COMPUTADORAS: Internet, Redes LAN, WAN, Novell, Windows 95, etc.

BASES DE DATOS: Oracle, Sybase, SQL Server, IMS, DMS II, FoxPro, etc.

SISTEMAS OPERATIVOS: Unix, Linux, Windows XP, NT, 98, DOS, OS, etc.

HARDWARE: Son las “computadoras” como tales: IBM, Unisys, Dell, etc. Compuestas por microprocesadores (Intel, Motorola, etc.), memorias, discos, CD-ROM, etc. En el hardware se procesan las instrucciones del software. Una categorización del hardware, de acuerdo al precio, es la siguiente: las *microcomputadoras* que cuestan hasta 2 mil dólares, servidores de 30 mil dólares; las *minicomputadoras* con valor de decenas y centenas de miles de dólares; los “*mainframes*” de unidades hasta decenas de millones de dólares; y por último, las de mayor valor, las *supercomputadoras* de decenas de millones de dólares.

Ingeniería del software

Para crear el software industrial es necesario una Ingeniería de software.

“A lo largo de las dos últimas décadas, la ingeniería del software se ha hecho mayor. Hoy en día, está reconocida como una verdadera disciplina, derivada de una investigación seria, un estudio minucioso y un debate multitudinario. En la industria, el término “ingeniero del software” ha reemplazado al de “programador” como categoría de trabajo principal. Los métodos, procedimientos y herramientas de la ingeniería del software han sido adoptados con éxito en una gran variedad de aplicaciones industriales. Tanto los gestores como los desarrolladores reconocen la necesidad de un enfoque más disciplinado del desarrollo del software”⁸.

“Actualmente, el software ha superado al hardware como la clave del éxito de muchos sistemas basados en computadoras. El software es el factor que marca la diferencia. Lo que diferencia a una compañía de su competidora, es la suficiencia y oportunidad de la información dada por el software (y bases de datos relacionadas). Es una ventaja comparativa.

El software se diseña y se desarrolla. Son *productos* industriales. En la actualidad, en términos de costos, el hardware es cada vez más barato, mientras que en el software es lo contrario. Es el elemento principal de los costos.

Definición de Ingeniería del software, propuesta por Fritz Bauer⁹: “El establecimiento y uso de principios de ingeniería robustos, orientados a obtener software económico que sea fiable y funcione de manera eficiente sobre máquinas reales”.

“La ingeniería del software surge de la ingeniería de sistemas y de hardware. Abarca un conjunto de tres elementos claves-métodos, herramientas y procedimientos que facilitan al gestor controlar el proceso del desarrollo del software y suministrar a

los que practiquen dicha ingeniería las bases para construir software de alta calidad de una forma productiva”.

En la industria informática actual, muy competitiva, las empresas desarrolladoras de software lo realizan mediante trabajos en equipos, y que, siguiendo los principios de la ingeniería, lo establecen como proyectos, tomando en cuenta aspectos como: infraestructura informática, tiempo de desarrollo, costos, cantidad de recursos, planificación, control de calidad, técnicas de pruebas, mantenimiento del mismo, etc. Es común el fracaso de proyectos por diversas causas.

El software es un elemento fundamental dentro de la Economía Digital.

Marco general de los tratados internacionales

La nueva división internacional del trabajo obliga no solo a una transferencia tecnológica fluida del norte hacia el sur, es decir, de los polos de desarrollo al subdesarrollo, sino además de estrictos controles legales en el sur. Esto como parte de “la mundialización de la economía” y la necesidad de crear nuevos ejes de organización capitalista.

Esta necesidad de *protección intelectual del trabajo*, en gran escala, tiene como norte fundamental para las naciones subdesarrolladas los tratados de Libre Comercio, inspirados en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sintomático resulta para Costa Rica el tratado de Libre Comercio rubricado con México, cuyo convenio está depositado en la Secretaría General de Estados Americanos (OEA) desde 1997.

En lo concerniente a la protección de los derechos de propiedad intelectual, el

artículo 14-02 estipula que cada parte “otorgará en su territorio a los nacionales de la otra parte, protección y defensa adecuada y eficaz para los derechos de propiedad intelectual y asegurará que las medidas destinadas a defender esos derechos no se convierten a su vez en obstáculos al comercio legítimo”.

Obligan además estos convenios, así como los que posiblemente se firmarán a futuro, a que cada parte otorgue a su legislación una protección más amplia a los derechos de propiedad intelectual, que abarca una amplia gama de producción que incluye desde marcas comerciales hasta producción cultural, pasando por banco de datos e industria de alta tecnología.

Velan estos tratados porque cada parte otorgue a los nacionales de la contraparte trato no menos favorable del que concede a sus propios nacionales en materia de protección y defensa de los derechos de propiedad intelectual contemplados en los convenios, incluyendo patentes, modelos de utilidad y diseños industriales, a reserva de las excepciones contenidas en los acuerdos de *Berna* (1971), de *Roma* (1961) y el de *París* (1967). Ninguna parte podrá exigir a los nacionales de la otra parte que cumplan con formalidad o condición alguna para adquirir derechos de autor y derechos conexos, como condición para el otorgamiento de trato nacional.

Los tratados de libre comercio como el analizado contemplan la posibilidad de un trato de nación más favorecida, tendiente a modernizar los sistemas judiciales para la protección de los acuerdos. Al menos, así se desprende del instrumento firmado entre Costa Rica y México al disponer respecto a la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda una parte a los

nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de la otra parte.

La protección del software en el derecho internacional

Mediante los tratados internacionales las multinacionales del software ven tutelados sus intereses. El surgimiento de la computadora personal (PC) no solo se ha convertido en uno de los motores de la economía nacional, en cuanto ha sido utilizado como un medio agilizador y facilitador de las relaciones comerciales, sino que ha revolucionado dichas relaciones en el ámbito internacional. Sin embargo, a pesar de haber sido motivo de satisfacciones, también ha generado una serie de conflictos en los diversos estados. Son estos conflictos los que han generado el nacimiento de nuevos tratados internacionales que se perfilan como los futuros reguladores de los derechos cibernéticos, así como los concernientes a las restantes áreas en el novedoso campo de los derechos de la propiedad intelectual, para la era del siglo que se encuentra por venir.

Ya en 1978 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO por sus siglas en inglés) en un documento titulado “Model Provisions on the Protection of Computer Software” alertaba que: “Puede ser, que los programas de computadoras, en algunos países, sean adecuadamente protegidos sin cambio alguno en las leyes existentes. Sin embargo, debido a los desarrollos de la tecnología y la consecuente escasez de decisiones judiciales, y su desacuerdo alrededor de los expertos legales, encontramos un considerable estado de incerteza en este campo”.

La anterior afirmación fue citada por el especialista en Derecho Informático estadounidense Gervaise Davis III, en su libro “Software Protection”, y señala que dicho reporte de la OMPI, aún refleja la situación en 1985.¹⁰

Sin embargo, si analizamos la misma situación en el 2001 encontraremos significativos avances en las distintas áreas de la propiedad intelectual. Como se ha destacado, la forma de protección legal para software la encontramos en el campo de los derechos de autor de los ordenamientos jurídicos de cada nación, así como en los distintos tratados internacionales existentes, donde el común denominador es el tratamiento del tema asimilándoles a *obras o trabajos literarios*.

Ordenamiento jurídico de Estados Unidos

Hay consenso que es en los Estados Unidos donde tanto la doctrina como la jurisprudencia han logrado expresarse con mayor detalle. Inicialmente fue regulado por el Common Law o jurisprudencia nacional. Luego, fue reemplazada por la ley federal; específicamente por la Ley Americana de Derechos de Autor (American Copyright Act of 1976). Sin embargo no es hasta 1980 cuando el Congreso hace referencia explícita a los derechos de autor en los programas de computación, la cual es tratada en los artículos 107 y 117, que regulan el “uso racional” y los derechos concernientes al propietario de un derecho sobre el software. Esto significa que la reproducción de los mismos es normalmente permitida, aún sin autorización o pago de derechos, siempre que se use limitadamente dentro de la

esfera de la razonabilidad (por ejemplo: para uso personal). Se refiere a las copias de software.

Los *derechos* específicos de los cuales dispone el propietario del derecho sobre el software, los establece el artículo 117 y son los siguientes: *Reproducir* el material en forma de copias en cualquier formato; *Preparar* trabajos derivados sobre el material protegido; *Distribuir* las copias de los programas al público por medio de contratos de compraventa, contratos de arrendamiento o de “leasing” o cualquier otro medio de transferencia de la propiedad.

En el artículo 106 se indican los derechos del propietario como derechos de autor en general. Son los mismos correspondientes al propietario de software, pero encontramos dos importantes adiciones: 1) *Mejorar* el material protegido en caso de obras artísticas. Esto no se le atribuye exclusivamente al propietario del software, ya que en dicho caso las mejoras serían beneficiosas; y 2) *Presentar* públicamente el trabajo u obra desarrollada.

A nivel jurisprudencial, se encuentra un sustancioso esfuerzo realizado por las cortes estadounidenses, que sin llegar a sobrevalorarlo, se puede afirmar que ha alcanzado un grado más que aceptable de uniformidad, *sentando las bases para las futuras normativas nacional e internacional*. Sin embargo, tanto a legisladores como a juzgadores estadounidenses, aún les queda camino por recorrer.

La jurisprudencia es abundante, pero se puede citar, como ejemplos importantes, los casos de:

1) Apple Computer Inc. vs. Franklin Computer Corp. (1983); 2) Midway Mfg. Co. vs. Artic International Inc. (1983); 3) Atari Inc. vs. North American Philips Consumer Electronic (1982); 4) Stern

Electronics Inc. vs. Kaufman (1983); 5) Wgn Continental Broadcasting Co. vs. United Video Inc. (1982)

En particular, la sentencia del caso Apple Computer Inc. vs. Franklin Computer Corp., viene a marcar las pautas que conducirán a las sentencias posteriores. Se discutió si los Sistemas Operativos iban a ser protegidos o no por los derechos de autor. Para llegar a la sentencia el Tercer Circuito de la Corte estadounidense razonó de la siguiente forma:

Franklin alegó que los sistemas operativos son un proceso, sistema o método de operación y por lo tanto son impropetables (meras ideas), que APPLE no protegió el método que instruí a la computadora para realizar sus funciones operativas, sino únicamente las instrucciones como tales.

Sin embargo, ambos tipos de programas le indican a la computadora hacer algo. Y si la Ley de los Estados Unidos no hace ninguna distinción entre sistemas operativos y programas de aplicación no debería hacerla el Tribunal. Aunque solo las instrucciones se hayan protegido, un proceso no está, más o menos, involucrado si las instrucciones están escritas en un sistema operativo o en un idioma humanamente legible.

Por eso no existe ninguna razón para no proteger, o proteger en un menor grado las instrucciones en un sistema operativo, a diferencia de las de un programa de ordenadores, las cuales están protegidas en forma absoluta.... Tampoco se requiere que los programas estén dirigidos a una audiencia humana o que sean perceptibles por el ojo humano...¹¹

Podemos rescatar de la sentencia en análisis, que los programas de computadora son trabajos expresados ya sea en números, letras, idiomas humanamente legible o dirigidas a la computadora (sistema operativo) y que por lo tanto se les da el carácter de obra literaria pues el mismo utiliza un lenguaje de signos y se extiende hasta las bases de datos y el software.

Para llegar a la sentencia en cuestión, la Corte Suprema Estadounidense debió haber razonado de la siguiente forma: La

función primordial de las leyes de derecho de autor, es prevenir la copia y distribución no autorizada del material protegido. Para llevar a cabo esta protección, lo procedente no es proteger el objeto portador del programa (sea un diskette o un ROM), ni la idea, fin del programa (p. ej.: si está destinado a calcular el promedio de las exportaciones del país durante el año; a calcular el promedio de efectividad de los delanteros durante la temporada; o sencillamente a programar los textos), sino la forma de expresión que se utilizó para desarrollar la idea y plasmar el programa.

A pesar de que el software constituye una cosa incorpóral, los mismos son percibibles por los sentidos (la vista) y susceptibles de apropiación por los hombres (son formas invisibles de propiedad), ya que se encuentran en forma de lenguaje de signos dirigidos a la computadora (sistemas operativos o DOS), o idiomas humanamente legibles encaminados a ser percibibles por la vista y razón de los seres humanos (programa de ordenadores), por lo cual se pueden enmarcar con el carácter de obra literaria.

Por esas razones expuestas, tanto los DOS como el software son protegidos por la Ley de Derechos de Autor Estadounidense.

Sistema multilateral de protección al software

Considerando la importancia del software en las relaciones económicas internacionales, y la necesidad de las empresas transnacionales de proteger sus productos más allá de sus fronteras, las naciones del mundo han implementado tratados multilaterales, no solo con la mera finalidad de protección, sino también con el

propósito de obtener un mayor y más fácil acceso a mercados extranjeros. Entre los diferentes tratados encontramos:

1. Convenio internacional de Berna para la protección de obras literarias y artísticas

Firmado en 1886, sufrió su última modificación en París, en 1971.

Trata todo lo referente a la propiedad artística y literaria. En su artículo segundo señala que “los términos obras literarias y artísticas, comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión”.

De esta forma se ve que producciones científicas tales como el *software* son reducidas a *producciones literarias*. Hay consenso en la doctrina al respecto, así como en los posteriores tratados regionales o nacionales, que muy a menudo harán referencia al artículo segundo del Convenio de Berna. En particular, la jurisprudencia estadounidense se adhiere a esta posición, y además establece como mínimo el plazo de 50 años para la protección del derecho de autor.

2. Convención universal de los derechos de autor

Llega a ser efectiva en 1955 y es modificada en 1971. Aunque no establece ninguna definición sobre lo que se considera una obra literaria, artística o científica, intenta dar una protección uniforme a los derecho de propiedad intelectual (englobando el software) y recibiendo, por medio del artículo II, la misma protección a los trabajos publicados o no publicados que un Estado extranjero le daría a los nacionales en su propio territorio. El plazo de protección se establece en 50 años mínimo.

3. Acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Adpic)

Nace en el acta final de la Ronda Uruguay en diciembre de 1993, y forma parte de la legislación correspondiente a la *Organización Mundial de Comercio* (OMC), entidad que es la que viene a complementar y modernizar el anterior Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio (GATT).

Considera a los *programas de cómputo* como si fueran obras literarias en virtud del Convenio de Berna, al igual que las grabaciones musicales y las películas cinematográficas. Vale destacar que en cuanto al plazo mínimo de protección, encontramos una sustancial reducción en referencia al cuerpo normativo citado, ya que se deja en 20 años (artículo 14). Sin embargo, dicho plazo no se aplica a las obras distintas a los programas a las grabaciones de sonido, películas cinematográficas y programas electrónicos, cuyo plazo se mantendrá en 50 años.

Tampoco se adopta la disposición que obliga a garantizar los derechos morales estipulados en el artículo 6 de dicho convenio. Garantiza la protección de las bases de datos, así como de los programas de ordenadores. Hay interesantes innovaciones en cuanto al arrendamiento, ya que exige que los autores de los programas de ordenadores tengan el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento público comercial de sus obras¹².

Otra novedad importante que contiene el acuerdo, es que los conflictos serán tratados por el órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Para ello se adoptarán las reuniones de los grupos especiales establecidos al efecto y del Órgano de

Apelación en caso de necesidad de recurrir a la segunda Instancia.

4. Tratado de libre comercio de la República de Costa Rica con los Estados Unidos Mexicanos

Constituye un paso muy importante para nuestro país, en cuanto se establece una normativa bastante completa para la protección de los sistemas de software.

Los artículos 14 al 20 tratan la materia referente a los derechos de autor. El artículo 14 nos remite al Convenio de Berna, señalando que corresponde a cada país contratante, la obligación de proteger las normas citadas por el art. 2do. del mismo.

De igual forma, se hace referencia explícita a la protección que se otorgará a los programas de cómputo o las compilaciones de datos que por razones de selección, compendio, arreglo o disposición de su contenido constituyan creaciones de carácter intelectual.

La protección conferida a las compilaciones de datos no se extenderá a los datos o materiales en sí mismos ni se otorgará en perjuicio de ningún derecho de autor que exista sobre esos datos o materiales.

Vemos que no solo se le brinda protección al software estrictamente, sino que se le extiende a las *BASES DE DATOS* (recordemos que en E.U.A no se protege la idea, sino la expresión de la misma), siempre y cuando estas no constituyan un móvil para la violación o piratería de derechos ya existentes.

Los derechos que corresponderán al autor del programa de ordenadores, son bastante similares a los otorgados por el ADPIC: el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus

obras protegidas. Por tratarse de programas de cómputo, “no será necesaria la autorización del autor o del derechohabiente cuando la copia del programa de cómputo no constituya en sí misma el objeto esencial del arrendamiento¹³.” Ello por cuanto lo que se da en arrendamiento es la información expresada en la copia, y no esta.

Por último, vale la pena mencionar que los derechos de autor son permanentes durante toda la vida de este, y cuando se hayan adquirido legítimamente después de su fallecimiento, tales derechos serán disfrutados 50 años como mínimo.

5. Acuerdo de libre comercio de las Américas (Alca)

El Grupo de Trabajo sobre Derechos de Propiedad Intelectual celebró su quinta reunión en la sede de la OEA en Washington, D.C, los días 10 al 11 de julio de 1997. En la misma participaron delegados de 23 países del continente, así como representantes de la Unidad de Comercio de la OEA en calidad de observadores. Como tercer punto de la agenda se presentó la versión revisada del Borrador de Inventario de Acuerdos y Convenios Internacionales en Materia de Propiedad Intelectual en el Hemisferio Occidental (SG/TU/WG.IPR/DOC.1/96/Rev. 4)¹⁴.

Aplicación de los tratados a la propiedad intelectual

México y Costa Rica garantizan que en su legislación se establezcan procedimientos de observancia de estos derechos y que permitan medios eficaces para combatir los hechos delictuosos derivados de estos convenios.

Así, por ejemplo, ambas naciones están comprometidas en el campo procesal

a realizar esfuerzos sencillos que hagan posible el entendimiento de la ley y la aplicación de este tratado y de las normativas locales. Medidas procesales que van desde las formas en que se llevarán a cabo los litigios y las audiencias.

Cada parte pondrá al alcance de los titulares de derechos procedimientos judiciales civiles para la defensa de cualquier derecho de propiedad intelectual y preverá que: a) los demandados tengan derecho a recibir una notificación oportuna por escrito en la que conste con suficiente detalle el fundamento de la reclamación; b) se autorice a las partes en un procedimiento a estar representadas por un abogado independiente; c) los procedimientos no impongan requisitos excesivos de comparecencias personales obligatorias; d) todas las partes en un procedimiento estén debidamente facultadas para sustanciar sus pretensiones y presentar pruebas pertinentes y e) los procedimientos incluyan medios para identificar y proteger la información confidencial.

De esta manera, los tratados en mención facultan a las autoridades judiciales de las partes firmantes para que ordenen no solo la información confidencial, sino a dictar resoluciones preliminares o definitivas, de naturaleza positiva o negativa, en caso de que una de las partes niegue prueba pertinente u obstaculice el cumplimiento de la normativa. Implican además estos convenios la posibilidad de que el infractor del bien tutelado por los tratados pague una indemnización como daño; o bien que los bienes intelectuales afectados por el usurpante sean retirados del dominio del infractor o de la circulación comercial a que han sido objeto.

Norman estos acuerdos además sobre cualquiera de las leyes de protección o defensa de propiedad intelectual que se de en los país dignatarios, medidas

correctoras apropiadas cuando las acciones se hayan adoptado o dispuesto de buena fe durante la administración de las leyes.

La buena fe, a la luz de los tratados de libre comercio y de la regulación de los derechos de propiedad intelectual, exime al funcionario público, de los países firmantes de los acuerdos, cuando en el ordenamiento jurídico nacional, con buena o mala fe siempre habrá incumplimiento de deberes del funcionario nacional o, bien, responsabilidades por parte de la Administración. Es independientemente de que haya obrado de buena fe si hubo daño o perjuicio al administrado.

En estos convenios las autoridades judiciales tienen la facultad de ordenar *medidas precautorias* rápidas y eficaces para evitar infracciones de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar la introducción de bienes presuntamente infractores en los circuitos comerciales de su jurisdicción, incluyendo medidas para evitar la entrada de bienes importados al menos inmediatamente después del despacho aduanal y conservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción. Lógicamente, esta clase de convenios, exigen que quien procure la protección judicial demuestre ser el titular del derecho y exista riesgo de un daño inminente e irreparable sobre los bienes.

Sanciones en los tratados

Las sanciones en esta clase de tratados sirven de marco general para las legislaciones internas en el plano de las penas, por parte de los países dignatarios. A lo sumo plantean la necesidad de procedimientos que permitan al titular de un derecho que tenga motivos válidos para sospechar que puede producirse importaciones masivas

de bienes falsificados o “pirateados” (sic) relacionados con marcas, solicitar protección contra el fraude. Impone que las autoridades competentes de la parte importadora se cercioren de que puede presumirse una infracción a los derechos de propiedad intelectual conforme a su legislación nacional.

Donde parece que están más nítidas las sanciones de las partes es el artículo 14-32 de este tratado entre Costa Rica y México, que dispone como al año de entrada en vigencia del convenio cada parte contemplará como causa de responsabilidad civil, conjuntamente o no con la penal, de acuerdo con su legislación, la fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier otro acto que permita tener un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal.

La mencionada normativa, al hacer alusión a “señal de satélite cifrada portadora de programas”, resulta aplicable para el caso de comunicación de datos o programas de computo, bajados de los dispositivos comunicacionales, con fines comerciales.

Conclusiones

Sin ninguna duda, la utilización de software (adecuado) puede ser una fuerza que ayuda a las empresas, públicas como privadas, a mejorar la calidad de su producción, a la oportuna toma de decisiones, a mejorar la organización y dirección de la empresa.

Se trata de una ventaja comparativa.

Como se está perfilando el comercio mundial, es indudable que los consumidores, ya sean personas físicas o jurídicas, van a tener que hacer un uso legal del software.

Por otro lado, las empresas desarrolladoras de software, conscientes de ese fenómeno, asimismo acostumbradas a la alta dinámica de su propio mercado, y a la vez, con metas para ampliar sus mercados, presionan para que las empresas y consumidores, en aquellos países que consumen software, lo hagan en forma regulada. Argumentan estas empresas que invierten millones de dólares en investigación y desarrollo de proyectos informáticos, para crear software industrial, siguiendo los principios de la ingeniería. Al seguir estos principios se aglutinan los diferentes componentes software que, unidos en conjunto, dan las prestaciones requeridas por los consumidores, y de esta forma constituir una ventaja comparativa.

Así, desde su perspectiva se evita y combate la piratería ilegal, y con ello, dejan de sufrir pérdidas económicas cuantiosas, pérdidas de empleos, pérdidas de impuestos, y por último, a lo interno de cada país, la piratería es también un freno para las innovaciones que potencian un desarrollo de la industria del software.

En nuestro país, en los últimos años, se exporta aproximadamente cincuenta millones de dólares anuales en software desarrollado por empresas nacionales.

Para países como el nuestro, la normativa de la propiedad intelectual, en materia de software, es impuesta por vía de tratados internacionales y de “presiones” para crear legislación interna que regule siguiendo los principios contenidos en esos tratados.

Decimos crear, porque hasta los propios tribunales, en su jurisprudencia, la que es muy reciente, han tenido que analizar doctrinalmente, los tipos de derechos que están en juego.

Nos referimos a los derechos sobre la propiedad intelectual, los derechos de marca, los derechos de autor, etc.

Ya esos derechos existían para la Ciencia del Derecho, pero no, como ahora, que también son aplicados a los “programas informáticos”.

Es indudable que la fuente de toda esa regulación normativa, que poco a poco, se va estableciendo en nuestro ordenamiento jurídico, tiene sus raíces, en la jurisprudencia norteamericana. Esta última si está más desarrollada, en virtud, de que las empresas desarrolladoras, concentradas principalmente en dicho país, han tenido conflictos de intereses que se han dilucidado a nivel judicial.

Como elemento concomitante de la problemática jurídica del software, es importante resaltar que mediante estas regulaciones, se ha protegido el propio mercado del software, para evitar en alguna medida, las prácticas monopolísticas de ciertas empresas. Prueba de ello es la acusación en los Estados Unidos por parte del gobierno contra Microsoft.

A la luz de los tratados internacionales suscritos por Costa Rica, se identificaron desde la perspectiva jurídica, los elementos principales que han sido incorporados al Ordenamiento Jurídico nacional por las recientes reformas, y que provienen, en esencia, de la experiencia judicial norteamericana.

En un posterior artículo, se analizará este último, a nivel de sus fuentes constitucionales, legales y reglamentarias. También se analizará el régimen sancionatorio estipulado en ese marco jurídico, así como las presiones, que recibe nuestro gobierno, en aras de hacer efectiva la protección, en virtud de que se argumenta que en la actualidad ya el ordenamiento jurídico tiene la normativa regulatoria

necesaria pero que en la práctica dicha protección no ha sido eficaz.

Notas

1. También conocida con otros nombres, como por ejemplo, Era de Información, Tercera Ola, Era del Conocimiento, Era Post-industrial.
2. Michael Hammer & James Champy, "Reingeniería", Grupo Editorial Norma, 1993. 226 páginas.
3. La Nación, "EEUU critica por propiedad intelectual", 1 de mayo del 2001, pág. 30A
4. Mundial Piratería
5. los términos "software" y "hardware" se van a seguir escribiendo sin comillas.
6. los siguientes datos son tomados del artículo WINNER TAKE ALL, de la revista TIME, 16 de septiembre, 1996, a raíz del "warfare" por el control de Internet entre Microsoft y Netscape. Andy Grove, el CEO de Intel "... has distilled the essence of competing in a high-tech world down to a single sentence: 'Only the paranoid survive'. He's right. Uncertainty is the watchword of the new digital age....". En esa fecha, Microsoft tenía \$ 6 billones en ventas, 19641 trabajadores y un valor de mercado de \$70 billones; Netscape, \$ 81 millones en ventas, 600 empleados y un valor de mercado de \$ 3.1 billones. Para dar una idea, de la importancia que le dió. William Gates, al mercado de Internet, de agosto hasta noviembre de 1995, el grupo que desarrolla el software "browser" creció de 8 a 30 empleados; cuando salió el "browser" Internet Explorer 3.0, en agosto de 1996, el grupo había subido a 800 desarrolladores.
7. Kai Hwang/Fayé A. Briggs, "Arquitectura de Computadoras y Procesamiento Paralelo", McGraw-Hill, 1988 págs. 2, 5-7
8. Roger S. Pressman, "Ingeniería del Software, Un enfoque práctico, 3era Edición, 1993, McGraw-Hill, prólogo
9. op. Cit Ibidem pág. 25
10. Davis, (Gervaise). *Software Protection*. New York, Van Nostran Reinhold Company, 1985, p. 274.
11. González, (Juan Carlos y otros). La Protección Legal de la Propiedad del Software. Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993, p. 154.

12. OMC. Con el Comercio hacia el Futuro OMC: La Organización Mundial de Comercio. Ginebra, OMC, 1995, p. 26.
13. Op. cit.
14. Ministerio de Comercio Exterior. Documentos de Apoyo del Grupo de Trabajo ALCA. San José, COMEX, 1997, p.4

Bibliografía

- Kai Hwang/Fayé A. Briggs, "Arquitectura de Computadoras y Procesamiento Paralelo", McGraw-Hill, 1988.
- Roger S. Pressman, "Ingeniería del Software, Un enfoque práctico, 3era Edición, 1993, McGraw-Hill, prólogo
- Davis, (Gervaise). "Software Protection", New York, Van Nostran Reinhold Company, 1985, p. 274.
- González, (Juan Carlos y otros). "La Protección Legal de la Propiedad del Software". Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993, p. 154.
- OMC. "Con el Comercio hacia el Futuro OMC: La Organización Mundial de Comercio". Ginebra, OMC, 1995, p. 26.
- Costa Rica. Ministerio de Comercio Exterior, *Tratado de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos*. San José, COMEX, 1994, capt. XIV-8.
- Ministerio de Comercio Exterior, Documentos de Apoyo del Grupo de Trabajo ALCA. San José, COMEX, 1997, p. 004.
- CORREA (Carlos María), "Protección del software: estudio de caso sobre el desarrollo del derecho económico", *Revista de Derecho Industrial No. 36*, Depalma, setiembre de 1990, pag. 558.
- Tratado de Libre Comercio Costa Rica-México, Cap XIV, Medidas precautorias, artículo 14-22. En Instituto de Investigaciones de Ciencias Económicas, Universidad de Costa Rica.
- Michael Hammer & James Champy, "Reingeniería".